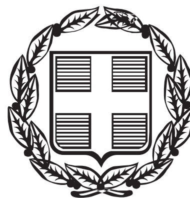


ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ

ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ **Αρ. Φύλλου 1081**

30 Απριλίου 2013

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

Αριθμ. απόφ*. 555/VII/2012

Η λήψη απόφασης επί: α) Της καταγγελίας η οποία υποβλήθηκε αρχικά στη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (ΡΑΕ) και διαβιβάστηκε στη συνέχεια, από αυτήν, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της, στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (ΕΑ), της εταιρίας με την επωνυμία «Αλουμίνιον Ανώνυμος Εταιρεία» (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ή η Καταγγέλλουσα) κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» (ΔΕΣΦΑ) και της εταιρίας με την επωνυμία «Δημόσια Επιχείρηση Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» (ΔΕΠΑ), και β) της καταγγελίας ενώπιον της ΕΑ της εταιρίας ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά της εταιρίας ΔΕΠΑ, για τη διερεύνηση παραβάσεων των άρθρων 101, 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και 1, 2 του Ν. 703/77/ Ν. 3959/2011.

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ
ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1ου ορόφου του κτηρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1Α, Αθήνα, την 25η Σεπτεμβρίου 2012, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00, με την εξής σύνθεση:

Πρόεδρος: Δημήτριος Κυριτσάκης.
Αντιπρόεδρος: Δημήτριος Λουκάς.
Μέλη: Εμμανουέλα Τρούλη,
Βικτωρία Μερτικοπούλου,
Δημήτριος Δανηλάτος,
Ιωάννης Αυγερινός.
Γραμματέας: Παρασκευή Α. Ζαχαριά.

Το τακτικό μέλος/Εισηγητής, Ιωάννης Μπιτούνης δεν συμμετείχε στη συζήτηση της υπόθεσης, λόγω της υποβληθείσας δήλωσης αποχής και της αποδοχής αυτής από την Ολομέλεια της Επιτροπής.

Θέμα της συνεδρίασης: η λήψη απόφασης επί: α) Της καταγγελίας η οποία υποβλήθηκε αρχικά στη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (ΡΑΕ) και διαβιβάστηκε στη συνέχεια, από αυτήν, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της, στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (ΕΑ), της εταιρίας με την επωνυμία «Αλουμίνιον Ανώνυμος Εταιρεία» (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ή η Καταγγέλλουσα) κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» (ΔΕΣΦΑ) και της εταιρίας με την επωνυμία «Δημόσια Επιχείρηση Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» (ΔΕΠΑ), και β) της καταγγελίας ενώπιον της ΕΑ της εταιρίας ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά της εταιρίας ΔΕΠΑ, για τη διερεύνηση παραβάσεων των άρθρων 101, 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και 1, 2 του Ν. 703/77/ Ν. 3959/2011.

Στη συνεδρίαση τα νομίμως κλητευθέντα μέρη παραστάθηκαν ως εξής: α) η εταιρία με την επωνυμία Αλουμίνιον Ανώνυμος Εταιρεία, δια των πληρεξουσίων δικηγόρων της Γεωργίου Ι. Δελλή, Δημητρίου Ν. Διακόπουλου, Άγγελου Σ. Χασαπόπουλου και Κωνσταντίας Γ. Σακελλαρίου, β) η εταιρία με την επωνυμία Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία, με τον νόμιμο εκπρόσωπό της [...], και μετά των πληρεξουσίων δικηγόρων αυτής, Σοφίας Μιχελάκη, Άγγελου Πετρόπουλου και Μιχαήλ Κοντογιώργη και γ) η εταιρία με την επωνυμία Δημόσια Επιχείρηση Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία, με τον νόμιμο εκπρόσωπό της [...] και μετά των πληρεξουσίων δικηγόρων αυτής Μιχαήλ Μαρίνου, Θεόδωρου Φορτσάκη, Νικόλαου Φαραντούρη, Θωμά Αμοργιανιώτη και Ευάγγελου Λιάσκου.

---

* Από την παρούσα απόφαση έχουν παραλειφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ.7 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 54/Β'/16.1.2013), τα στοιχεία εκείνα, τα οποία κρίθηκε ότι αποτελούν επιχειρηματικό απόρρητο. Στη θέση των στοιχείων που έχουν παραλειφθεί υπάρχει η ένδειξη [...]. Όπου ήταν δυνατό τα στοιχεία που παραλείφθηκαν αντικαταστάθηκαν με ενδεικτικά ποσά και αριθμούς ή με γενικές περιγραφές (εντός [...]).

Αρχικά, η Επιτροπή εξέτασε τις προτεινόμενες δεσμεύσεις, σύμφωνα με το άρθρο 13 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που υπέβαλε με το υπόμνημά της η εταιρία Δημόσια Επιχείρηση Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία (ΔΕΠΑ).

Στην αρχή της συζήτησης το λόγο έλαβε η αρμόδια Εισηγήτρια, Εμμανουέλα Τρούλη, η οποία ανέπτυξε συνοπτικά την εμπιστευτική Έκθεσή της επί των προτεινόμενων δεσμεύσεων της ως άνω εταιρίας.

Κατόπιν το λόγο έλαβαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των ενδιαφερομένων μερών, οι οποίοι τοποθετήθηκαν επί της εισηγήσεως, ανέπτυξαν τις απόψεις τους, έδωσαν διευκρινήσεις και απάντησαν σε ερωτήσεις που τους υπέβαλαν ο Πρόεδρος και τα μέλη της Ε.Α.

Η συζήτηση επί των προτεινόμενων δεσμεύσεων της ΔΕΠΑ συνεχίσθηκε σε επόμενες συνεδριάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Κατά τη συνεδρίασή της την 11η Οκτωβρίου 2012, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00, η Επιτροπή Ανταγωνισμού προχώρησε με τη συναίνεση των μερών σε διάσκεψη για λήψη απόφασης επί της εντεύθεν ανάγκης διαχωρισμού της εκδίκασης των αιτιάσεων της εταιρίας με την επωνυμία «Αλουμίνιον Ανώνυμος Εταιρεία» (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ή η Καταγγέλλουσα), αφενός κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» (ΔΕΣΦΑ) και αφετέρου κατά της εταιρίας ΔΕΠΑ ενόψει της υπό εξέλιξη διαδικασίας ανάληψης δεσμεύσεων από μεριάς της τελευταίας και επειδή εξέλιπαν οι προϋποθέσεις συνεκδίκασης.

Κατά την ως άνω συνεδρίαση η Επιτροπή, μετά από διαλογική συζήτηση, και αφού έλαβε υπόψη το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία της Επιτροπής Ανταγωνισμού και τις απόψεις που εξέφρασαν τα μέλη της, αποφάσισε ομόφωνα, ενόψει της δυνατότητας αποδοχής των δεσμεύσεων που υποβλήθηκαν από τη ΔΕΠΑ, να διαχωρίσει τις πρακτικές που η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αποδίδει στη ΔΕΠΑ από αυτές που στην υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 6103/25.7.2012 Εισήγηση αποδίδονται στον ΔΕΣΦΑ και να εξετάσει κατ' ουσίαν, στην παρούσα διαδικασία, μόνο τις δεύτερες.

Στη συνέχεια της ως άνω συνεδρίασης το λόγο έλαβε η αρμόδια Εισηγήτρια, Εμμανουέλα Τρούλη, η οποία ανέπτυξε συνοπτικά την υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 6103/25.7.2012 εμπιστευτική Έκθεσή της, καθόσον μέρος αυτή αφορά την αξιολόγηση των πράξεων του ΔΕΣΦΑ κατά το υπό εξέταση χρονικό διάστημα, δηλαδή επί της καταγγελίας, η οποία υποβλήθηκε αρχικά στη ΡΑΕ και διαβιβάστηκε στη συνέχεια, από αυτήν, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 1175/2010 Απόφασή της, στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, της εταιρίας ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά του ΔΕΣΦΑ και πρότεινε, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά σε αυτήν:

1. Να διαπιστωθούν οι παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν. 703/1977, ως ίσχυε, και 102 ΣΛΕΕ από την εταιρία ΔΕΣΦΑ.
2. Να διαταχθεί ο ΔΕΣΦΑ να παύσει αμέσως και να παραλείψει στο μέλλον τις διαπιστωθείσες παραβάσεις.
3. Να επιβληθεί πρόστιμο στο ΔΕΣΦΑ αναφορικά με τις διαπιστωθείσες παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ, υπολογιζόμενο επί των ετησίων ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης για κάθε έτος της παράβασης αθροιστικά (9.11.2009-7.5.2010), λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία που παρατίθενται στην παρούσα Έκθεση αναφορικά με τη σοβαρότητα και τη διάρκεια εκάστης παράβασης.
4. Να απειληθεί η εταιρία ΔΕΣΦΑ με πρόστιμο και χρηματική ποινή, εάν με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού βεβαιωθεί η συνέχιση ή η επανάληψη των διαπιστωθεισών παραβάσεων.

Κατόπιν το λόγο έλαβαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των ενδιαφερομένων μερών, οι οποίοι τοποθετήθηκαν επί της εισηγήσεως, ανέπτυξαν τις απόψεις τους, έδωσαν διευκρινήσεις και απάντησαν σε ερωτήσεις, που τους υπέβαλαν ο Πρόεδρος και τα μέλη της Ε.Α.

Κατά την ακροαματική διαδικασία προς επίρρωση των ισχυρισμών της εταιρίας ΔΕΣΦΑ προσήλθαν, προκειμένου να εξετασθούν ενόρκως, ως μάρτυρες, οι [...] και [...].

Μετά την ολοκλήρωση της ανωτέρω διαδικασίας, ο Πρόεδρος χορήγησε προθεσμία τριών ημερών από τη χορήγηση των απομαγνητοφωνημένων πρακτικών στα μέρη για την κατάθεση από αυτά συμπληρωματικού Υπομνήματος. Τα πρακτικά της ακροαματικής διαδικασίας χορηγήθηκαν την 4η Δεκεμβρίου 2012 και κάθε ένα από τα μέρη κατέθεσε, εμπροθέσμως, συμπληρωματικό Υπόμνημα την 10η Δεκεμβρίου 2012.

Κατόπιν, την 20η Δεκεμβρίου 2012, η Ολομέλεια της ΕΑ προχώρησε σε διάσκεψη για λήψη απόφασης επί της κρινόμενης υπόθεσης με τη συμμετοχή της Εισηγήτριας, Εμμανουέλας Τρούλη, η οποία δεν έλαβε μέρος στη ψηφοφορία και αφού έλαβε υπόψη τις απόψεις που διατύπωσαν τα μέλη της, τις απόψεις που διατύπωσαν προφορικώς κατά την ακροαματική διαδικασία τα ενδιαφερόμενα μέρη αλλά και εγγράφως με τα υπομνήματα που αυτά κατέθεσαν, όλα τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης και το ισχύον νομικό πλαίσιο, σκέφθηκε ως ακολούθως:

I. ΣΥΝΟΠΤΙΚΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Στις 10.12.2009 η εταιρία ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ υπέβαλλε στη ΡΑΕ την υπ' αριθμ. πρωτ. (ΡΑΕ) Ι-102370 Καταγγελία κατά των εταιριών ΔΕΠΑ και ΔΕΣΦΑ, η οποία διαβιβάστηκε στην ΕΑ σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ[1]. Στις 14.09.2010 η Καταγγέλλουσα υπέβαλλε ενώπιον της ΕΑ και την υπ' αριθμ. πρωτ. (ΕΑ) 5518 «Συμπληρωματική», σύμφωνα και με δήλωση της ίδιας, καταγγελία, κατά της εταιρίας ΔΕΠΑ. Ύστερα από την υπ' αριθμ. πρωτ. 5675/22.9.2010 αίτηση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για τη συνδυαστική διερεύνηση των δυο καταγγελιών, καθώς και την υπ' αριθμ. 7711/30.11.2011 εισήγηση της Υπηρεσίας, η ΕΑ αποφάσισε να συνεξετάσει και να συνεκδικάσει τις ανωτέρω δύο καταγγελίες[2]. Ενόψει, ωστόσο, της απόφασης της ΕΑ να εκδικάσει στο πλαίσιο διαφορετικής διαδικασίας ενώπιόν της τα ζητήματα που αφορούν στην εταιρία ΔΕΠΑ από τα ζητήματα που άπτονται στην αξιολόγηση της συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ, εξετάζονται επί του παρόντος μόνο τα τελευταία.

1. Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. 4526/19.7.2010 επιστολή της ΡΑΕ προς την ΕΑ, με την οποία διαβιβάστηκαν στην τελευταία η υπ' αριθμ. πρωτ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ με τα σχετικά συνημμένα έγγραφα, για τις κατά νόμο ενέργειες της ΕΑ.
2. Βλ. υπ' αριθμ. 75/2-12-2011 Πρακτικά της Ολομέλειας της Επιτροπής

2. Ειδικότερα, όσον αφορά τις αιτιάσεις της Καταγγέλλουσας κατά του ΔΕΣΦΑ, εξ αφορμής της οποίας εξετάστηκαν από την υπηρεσία οι πράξεις αυτού και συντάχθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 6103/25.7.2012 Εισήγηση, σχετικά είναι εν συντομία τα παρακάτω περιστατικά. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ενημέρωσε το ΔΕΣΦΑ ότι σκόπευε να συνάψει σύμβαση με αλλοδαπό προμηθευτή, ώστε να προμηθευτεί υγροποιημένο φυσικό αέριο (ΥΦΑ), ποσότητας 65.000 m^2, προερχόμενο από την Αλγερία, με ημερομηνία παραλαβής μεταξύ 29.11 - 02.12.2009. Για το λόγο αυτό, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε από το ΔΕΣΦΑ την παροχή πρόσβασης στην εγκατάσταση ΥΦΑ με τους ίδιους όρους που ο ΔΕΣΦΑ παρείχε την πρόσβαση αυτή σε άλλους ενδιαφερόμενους, προκειμένου να καταστεί δυνατή η παραλαβή από αυτήν της προαναφερθείσας ποσότητας ΥΦΑ[3].

Προηγουμένως, και συγκεκριμένα στις 7.10.2009, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε από τον ΔΕΣΦΑ να προβεί μαζί της σε κατάρτιση: α) σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου[4] και β) σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ[5], θέτοντας προς τούτο σχετική προθεσμία, η οποία παρήλθε άπρακτη.

3. Ο ΔΕΣΦΑ, προκειμένου να αποφανθεί σχετικά με την αποδοχή του αιτήματος της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ζήτησε με επιστολή του προς την τελευταία[6] την παροχή ορισμένων στοιχείων[7]. Ενημέρωσε, ωστόσο, την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ότι: α) η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ήταν εποχιακός χρήστης, κατηγορία χρηστών του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου (ΕΣΦΑ) για την οποία δεν υπήρχε καθορισμένο τιμολόγιο και, δεδομένης της έλλειψης σχετικού τιμολογίου, δεν ήταν δυνατή η σύναψη μεταφοράς διάρκειας μικρότερης του έτους, β) οι υπηρεσίες εγκατάστασης ΥΦΑ παρέχονται σε χρήστη εφόσον έχει εξασφαλιστεί η παράδοση προς και παραλαβή από το ΕΣΦΑ των ποσοτήτων ΥΦΑ που θα αεριοποιηθούν, μέσω σύναψης σχετικής σύμβασης μεταφοράς, διάρκειας μεγαλύτερης ή ίσης του έτους και γ) ο ΔΕΣΦΑ δεν ήταν σε θέση να διαθέσει άμεσα την αιτούμενη Μεταφορική Ικανότητα στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για την παραλαβή πλέον του φυσικού αερίου (ΦΑ) στο σημείο εξόδου, το οποίο συνδέει τις εγκαταστάσεις της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με το ΕΣΦΑ και το οποίο χρησιμοποιεί η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για τον εφοδιασμό της με φυσικό αέριο (στο εξής το «Σημείο Εξόδου AdG» ή το «Σημείο AdG»), δεδομένου ότι, κατά τον ΔΕΣΦΑ, βάσει του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου, η ανωτέρω Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής ήταν δυνατό να αποδεσμευτεί πριν τη λήξη της Σύμβασης ΔΕΠΑ - ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ μόνο με τη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ.

4. Ακολούθως, ο ΔΕΣΦΑ βεβαίωσε τη δυνατότητα τεχνικής παραλαβής του συγκεκριμένου φορτίου στις εγκαταστάσεις υποδοχής ΥΦΑ κατά την ανωτέρω ημερομηνία, ενημερώνοντας την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ότι θα προχωρήσει στην περαιτέρω εξέταση του αιτήματός της, εφόσον εκπληρώνονταν οι προϋποθέσεις που αναφέρονταν στην ανωτέρω από 9.11.2009 επιστολή της[8].

5. Εν συνεχεία, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ γνωστοποίησε στη ΔΕΠΑ την πρόθεσή της να προμηθευτεί ΦΑ από τρίτο προμηθευτή, καθιστώντας σαφές ότι, συνεπώς, το σημείο παραλαβής δε θα χρησιμοποιείτο τις ημέρες εκείνες από τη ΔΕΠΑ, οπότε η τελευταία μπορούσε, είτε να εκχωρήσει τη χρήση του σε αυτήν, είτε να συναινέσει στη χρησιμοποίησή του από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ εντός ορισμένης προθεσμίας (μέχρι 13.11.2009) [9]. Η ΔΕΠΑ απέρριψε το σχετικό αίτημα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ περί αποδέσμευσης της μεταφορικής ικανότητας, υποστηρίζοντας, μεταξύ άλλων, ότι κάτι τέτοιο ήταν αντίθετο με τη μεταξύ τους Σύμβαση[10].

6. Στις 30.11.2009 ο ΔΕΣΦΑ αποφάσισε, δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, την αποδέσμευση της εν λόγω μεταφορικής ικανότητας, η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφαση της ΡΑΕ.

7. Παρά ταύτα, ο ΔΕΣΦΑ δεν προέβη στην κατάρτιση της σύμβασης μεταφοράς, με αποτέλεσμα να μην πραγματοποιηθεί η παραλαβή του ως άνω φορτίου στη Ρεβυθούσα, που στο μεταξύ είχε παραγγείλει η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, και το πλοίο που μετέφερε το υγροποιημένο φυσικό αέριο να αποπλεύσει χωρίς να εκφορτώσει πριν τα μεσάνυχτα της Παρασκευής, 04.12.2009.

8. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ υπέβαλε στη ΡΑΕ καταγγελία κατά του ΔΕΣΦΑ και της ΔΕΠΑ για παράβαση του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου που διέπει την αγορά φυσικού αερίου και για παράβαση των διατάξεων του Ν. 703/1977 και των άρθρων 81 επ. ΣυνΘΕΚ (πλέον 101 επ. ΣΛΕΕ)[11]. Με την υπ' αρίθ. 1175/2010 απόφασή της, η ΡΑΕ απέρριψε τις αιτιάσεις του ΔΕΣΦΑ και τον καταδίκασε σε πρόστιμο 250.000€ για παράβαση των κανόνων περί πρόσβασης στο Δίκτυο ΕΣΦΑ. Αποφάσισε, επίσης, να αποσταλεί, για την εξέταση των ζητημάτων που αφορούν σε παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού ο φάκελος της υπόθεσης στην ελληνική ΕΑ και απηύθυνε σε αυτήν το ερώτημα κατά πόσον: «Η συμπεριφορά της ΔΕΠΑ, ιδίως η άρνηση της ΔΕΠΑ να παραχωρήσει τη χρήση της δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας, με συνέπεια η καταγγέλλουσα εταιρεία-επιλέγων πελάτης (ΑτΕ) να μην μπορέσει να προμηθευτεί φυσικό αέριο από άλλο προμηθευτή της επιλογής της, ιδωμένη είτε αυτοτελώς είτε σε συνδυασμό με τη συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ, συνιστά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 102 ΣΛΕΕ και 2 του Ν. 703/1977 (ΦΕΚ Α΄ 278) όπως ισχύουν, οι οποίες απαγορεύουν την καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους επί του συνόλου ή μέρους της σχετικής αγοράς».

---

3. Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0073929/6.11.2009 επιστολή της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ.

4. Βλ. υπ'αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072334/7.10.2009 αίτηση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ.

5. Βλ. υπ'αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072335/7.10.2009 αίτηση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ.

6. Βλ. υπ'αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027290/9.11.2009 απαντητική επιστολή του ΔΕΣΦΑ στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

7. Την εγκατάσταση φόρτωσης και την τυπική σύσταση του φορτίου ΥΦΑ που επρόκειτο να προμηθευτεί η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, το όνομα του πλοίου (που θα έπρεπε να είναι πιστοποιημένο για εκφόρτωση στην εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας) και μη δεσμευτικό πρόγραμμα αεριοποίησης, προκειμένου να είναι σε θέση ο ΔΕΣΦΑ να προγραμματίσει τις παραδόσεις φυσικού αερίου στο ΕΣΦΑ και τις παραλαβές από αυτό. Τις ανωτέρω πληροφορίες παρείχε η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0074101/10.11.2009 επιστολή της.

8. Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027349/10.11.2009 επιστολή ΔΕΣΦΑ προς ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

9. Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΠΑ 757757/12.11.2009 επιστολή ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς ΔΕΠΑ.

10. Βλ. τις υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΠΑ 682171/13.11.2009 και 682252/18.11.2009 απαντητικές επιστολές της ΔΕΠΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ

11. Βλ. την από 9.1.2.2009 καταγγελία της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά ΔΕΣΦΑ και ΔΕΠΑ, σελ. 10, 13 επ.

9. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, σε συνέχεια των αιτιάσεων της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά του ΔΕΣΦΑ (και ανεξάρτητα από την παράβαση των διατάξεων του ειδικού ρυθμιστικού πλαισίου για την απελευθέρωση και τη λειτουργία της αγοράς φυσικού αερίου, όπως αυτή διαπιστώθηκε αρμοδίως από τη ΡΑΕ) η ΕΑ προχώρησε, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, σε εξέταση των ζητημάτων που αφορούν σε παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, και συγκεκριμένα των άρθρων 2 Ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ.

ΙΙ. ΤΑ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ

ΙΙ.1. Η Αλουμίνιον Ανώνυμος Εταιρεία (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ)

10. Η εταιρία με την επωνυμία «ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», με διακριτικό τίτλο «ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ Α.Ε.», εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής, Λεωφ. Κηφισίας αρ. 16. Στις 28.9.2007 ολοκληρώθηκε η συγχώνευση δια απορροφήσεως της Αλουμίνον της Ελλάδος ΒΕΑΕ (ΑτΕ) από τον Όμιλο Επιχειρήσεων ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ Α.Ε, με απόσχιση του κλάδου μεταλλουργίας του Ομίλου και εισφορά του στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Κύρια δραστηριότητα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είναι η παραγωγή αλουμίνας και αλουμινίου. Αποτελεί το μοναδικό παραγωγό αλουμίνας και πρωτόχυτου αλουμινίου στην Ελλάδα, ενώ παράγει και δευτερόχυτο αλουμίνιο και διαθέτει μία από τις μεγαλύτερες μονάδες παραγωγής αλουμίνας και αλουμινίου στην Ευρώπη, στον Άγιο Νικόλαο Βοιωτίας στον Κορινθιακό κόλπο, κοντά στην πόλη της Ιτέας και ειδικότερα εντός του κόλπου της Αντίκυρας. Η άσκηση της ως άνω βιομηχανικής δραστηριότητας εμφανίζει τα ακόλουθα δύο, κρίσιμα χαρακτηριστικά, τα οποία συναρτώνται με την ακολουθούμενη παραγωγική διαδικασία:

- πρώτον, για την μετατροπή του βωξίτη σε αλουμίνα, χρειάζονται μεγάλες ποσότητες θερμικής ενέργειας (ατμού),
- δεύτερον, για την μετατροπή της αλουμίνας σε αλουμίνιο, η οποία γίνεται μέσω ηλεκτρόλυσης, απαιτούνται μεγάλες ποσότητες ηλεκτρικής ενέργειας. Ενδεικτικά, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναφέρει ότι η ίδια αποτελεί τον μεγαλύτερο καταναλωτή ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα καταναλώνοντας περίπου το 5% της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα.

Ενόψει των ανωτέρω, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ μπορεί να θεωρηθεί «ενεργειακά εξαρτημένη» επιχείρηση και πάντως επιχείρηση, το ενεργειακό κόστος της οποίας ανέρχεται περίπου στο 1/3 του συνολικού της κόστους.

11. Για να αντιμετωπίσει τις ως άνω ενεργειακές της ανάγκες και για να μειώσει τις οικονομικές επιπτώσεις επί της κύριας δραστηριότητάς της από τη διακύμανση των τιμών ηλεκτρικής ενέργειας, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προχώρησε στην κατασκευή σταθμού Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού και Θερμότητας (ΣΗΘ). Ο σταθμός έχει δυναμικότητα 334 MW και 200 MW ατμού. Τα ενεργειακά αυτά προϊόντα παράγονται με την καύση φυσικού αερίου. Βάση του σχεδιασμού της μονάδας, η ετήσια κατανάλωση φυσικού αερίου αναμένεται να είναι περίπου [...] MWh. Από τα παραγόμενα ενεργειακά προϊόντα, ο ατμός διοχετεύεται και καταναλώνεται πλήρως στην βιομηχανική μονάδα παραγωγής αλουμίνας. Η παραγόμενη ηλεκτρική ενέργεια εγχύεται στο Εθνικό Σύστημα Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας.

12. Ως κυρία του σταθμού «ΣΗΘ» και ως καταναλώτρια φυσικού αερίου άνω των 100.000 MWh ετησίως, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ θεωρείται από την ισχύουσα, εθνική και κοινοτική νομοθεσία για την απελευθέρωση της αγοράς φυσικού αερίου (όπως ίσχυε και κατά την επίμαχη χρονική περίοδο), ως «Επιλέγων Πελάτης» και «Χρήστης» του ΕΣΦΑ και των συναφών υποδομών του συστήματος αυτού και διατηρεί μία διττή, δυνητικά και πραγματικά, σχέση με την ΔΕΠΑ:

- Αφενός, είναι Πελάτης της ΔΕΠΑ, με την οποία έχει υπογράψει την από 09.05.2008 Σύμβαση Πώλησης Φυσικού Αερίου, στο πλαίσιο της οποίας η ΔΕΠΑ έχει συμφωνήσει να προμηθεύει την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με φυσικό αέριο, [...]. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αποτελεί έναν από τους μεγαλύτερους πελάτες της ΔΕΠΑ στην Ελλάδα.
- Αφετέρου, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με την ιδιότητα του Επιλέγοντος Πελάτη και του Χρήστη ΕΣΦΑ, είναι - εν δυνάμει τουλάχιστον - ανταγωνίστρια της ΔΕΠΑ στην αγορά της προμήθειας φυσικού αερίου. Πράγματι, με βάση την ισχύουσα νομοθεσία, κάθε Επιλέγων Πελάτης με τα χαρακτηριστικά της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ έχει το δικαίωμα να μεταπωλεί το προμηθευόμενο φυσικό αέριο. Στο πλαίσιο αυτό, αναζητώντας προμηθευτές αλλά και πιθανούς αγοραστές, έχει και το δικαίωμα πρόσβασης στις υποδομές μεταφοράς φυσικού αερίου, ανταγωνιζόμενος τη ΔΕΠΑ και στην αγορά της πρόσβασης στο δίκτυο (σύστημα) μεταφοράς φυσικού αερίου.

13. Επομένως, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δραστηριοποιείται στις εξής αγορές: 1. Παραγωγής αλουμίνας, 2. Παραγωγής αλουμινίου, 3. Παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας μέσω καύσης φυσικού αερίου σε σταθμό ΣΗΘ, 4. Προμήθειας φυσικού αερίου (με τη διττή ιδιότητα του Επιλέγοντος Πελάτη και του μεταπωλητή), και 5. Πρόσβασης στο δίκτυο (σύστημα) φυσικού αερίου.

ΙΙ.2. Ο Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία (ΔΕΣΦΑ)

14. Δυνάμει των άρθρων 6, 7 και 8 του Ν. 3428/2005 όπως ίσχυαν, ο κλάδος του ΕΣΦΑ, αποσπάστηκε από τη ΔΕΠΑ[12] και εισφέρθηκε κατά πλήρες δικαίωμα κυριότητας και εκμετάλλευσης σε άλλο νομικό πρόσωπο, τον ΔΕΣΦΑ, ο οποίος ιδρύθηκε με το Π.Δ. 33/2007[13]. Το σύνολο του μετοχικού κεφαλαίου του ΔΕΣΦΑ ελέγχεται από τη ΔΕΠΑ.

---

12. Η ΔΕΠΑ πρώτη εισήγαγε το φυσικό αέριο στην Ελλάδα. Κύρια αποστολή της ΔΕΠΑ είναι: α) η πώληση φυσικού αερίου σε μεγάλους, βιομηχανικούς κυρίως, καταναλωτές, με ετήσια κατανάλωση άνω των 10 εκατ. κυβικών μέτρων, β) η πώληση φυσικού αερίου σε Εταιρείες Παροχής Αερίου (ΕΠΑ), στις οποίες συμμετέχουν ιδιώτες επενδυτές, κατά 49%, γ) Η διανομή φυσικού αερίου σε περιοχές όπου δεν έχουν συσταθεί Εταιρείες Παροχής Αερίου, δ) Η πώληση φυσικού αερίου για την κίνηση οχημάτων. Η ΔΕΠΑ εποπτεύεται από το Υπουργείο Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής. Το μετοχικό της κεφάλαιο ανέρχεται σε 991,2 εκ. ευρώ, στο οποίο συμμετέχει κατά 35% η εταιρεία Ελληνικά Πετρέλαια Α.Ε. και κατά 65% το Ελληνικό Δημόσιο. Εδρεύει στο Ηράκλειο Αττικής, οδός Μαρίνου Αντύπα 92 & Παπαϊωάννου 37, και ο Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος ορίζονται και παύονται αζημίως για το Δημόσιο και για τη δημόσια επιχείρηση με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών και του Υπουργού που εποπτεύει τη δημόσια επιχείρηση (άρθρο 3, Ν. 3429/2005). Η ΔΕΠΑ δραστηριοποιείται σε όλους τους τομείς της αγοράς φυσικού αερίου. Η εταιρεία πραγματοποίησε κύκλο εργασιών ύψους 1.004 εκατ. € και 1.184 εκατ. € το 2009 και το 2010 αντίστοιχα. Ο κύκλος εργασιών του ομίλου της ΔΕΠΑ ήταν 977 εκατ. € για το 2009 και 1.217 εκατ. € το 2010

13. ΦΕΚ Α΄ 31/20.2.2007 «Σύσταση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε.» και έγκριση του καταστατικού της».

15. Στο ΕΣΦΑ, στο πλαίσιο της απελευθερωμένης αγοράς και σύμφωνα με τον Κανονισμό 1775/2005/ΕΚ, όπως ίσχυε, σχετικά με τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς ΦΑ, το Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε (με τον οποίο ενσωματώθηκε στο Ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2003/55/ΕΚ) και την υπ' αριθμ. Δ1/Α/5346/2010 υπουργική απόφαση[14], έχουν πρόσβαση και άλλοι, εκτός της ΔΕΠΑ, που θα θελήσουν να αναπτύξουν δραστηριότητα εμπορίας φυσικού αερίου ή θα θελήσουν να προμηθευτούν απ' ευθείας φυσικό αέριο από προμηθευτές του εξωτερικού.

16. Το ΕΣΦΑ μεταφέρει το φυσικό αέριο από τα σημεία εισόδου σε καταναλωτές εγκατεστημένους στην ηπειρωτική Ελλάδα. Σήμερα, το ΕΣΦΑ περιλαμβάνει:

- Τον κεντρικό αγωγό μεταφοράς αερίου. Ο κεντρικός αγωγός έχει συνολικό μήκος 520 χλμ και είναι υψηλής πίεσης 70 bar. Εκτείνεται από τα ελληνοβουλγαρικά σύνορα (Προμαχώνας) έως το Λαύριο Αττικής και από την Θεσσαλονίκη έως τα ελληνοτουρκικά σύνορα (Κήποι).
- Κλάδους μεταφοράς, συνολικού μήκους 706 χλμ. Οι κλάδοι ξεκινούν από τον κεντρικό αγωγό και τροφοδοτούν με φυσικό αέριο τις περιοχές της Ανατολικής Μακεδονίας και Θράκης, της Θεσσαλονίκης, του Πλατέος Ημαθίας, του Βόλου, της Βοιωτίας, των Οινοφύτων, της Αττικής και της Κορίνθου.
- Έναν δίδυμο υποθαλάσσιο αγωγό μήκους 600 μέτρων που συνδέει τον τερματικό σταθμό ΥΦΑ με την ηπειρωτική χώρα.
- Τους Μετρητικούς και Ρυθμιστικούς σταθμούς φυσικού αερίου.
- Δύο Σταθμούς Ανεφοδιασμού Λεωφορείων στα Άνω Λιόσια και στην Ανθούσα Αττικής.
- Το Κέντρο Ελέγχου και Κατανομής Φορτίου.

17. Κατά μήκος του αγωγού και των κλάδων του είναι εγκατεστημένοι σταθμοί βαλβιδοστασίων με σκοπό την επιλεκτική απομόνωση τμημάτων του αγωγού σε περιπτώσεις εκτάκτου ανάγκης, την τμηματική πλήρωση του αγωγού με φυσικό αέριο ή την τμηματική αποσυμπίεσή του. Το μήκος των τμημάτων αγωγού μεταξύ δύο διαδοχικών βαλβιδοστασίων ποικίλει ανάλογα με την κατηγορία της τοποθεσίας που διατρέχει ο αγωγός.

18. Το φυσικό αέριο εισάγεται στο Εθνικό Σύστημα Μεταφοράς μέσω τριών Σημείων Εισόδου:

- Σημείο Εισόδου «Σιδηρόκαστρο», το οποίο βρίσκεται 12χλμ νοτίως των ελληνοβουλγαρικών συνόρων, πλησίον της πόλης του Σιδηροκάστρου. Το εν λόγω Σημείο Εισόδου αποτελεί σημείο διασύνδεσης του ελληνικού και του βουλγαρικού συστήματος μεταφοράς Φ.Α.
- Σημείο Εισόδου «Κήποι», το οποίο βρίσκεται 3,5 χλμ δυτικά των ελληνοτουρκικών συνόρων, στο Δήμο Φερρών, δίπλα στο συνοικισμό Πέπλο. Το εν λόγω Σημείο Εισόδου αποτελεί σημείο διασύνδεσης του ελληνικού και του τουρκικού συστήματος μεταφοράς Φ.Α.
- Σημείο Εισόδου «Αγία Τριάδα», ή Σημείο Εισόδου Υγροποιημένου φυσικού Αερίου (ΥΦΑ), το οποίο βρίσκεται στη θέση Αγία Τριάδα του κόλπου Μεγάρων έναντι της νήσου Ρεβυθούσας, όπου είναι εγκατεστημένος ο ομώνυμος τερματικός σταθμός υγροποιημένου Φυσικού Αερίου. Το εν λόγω Σημείο Εισόδου αποτελεί σημείο διασύνδεσης του τερματικού σταθμού υγροποιημένου φυσικού Αερίου Ρεβυθούσας και του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς.

19. Το φυσικό αέριο παραδίδεται στους Χρήστες μέσω τριάντα πέντε (35) Σημείων Εξόδου, ένα εκ των οποίων αποτελεί το Σημείο Εξόδου AdG, που εξυπηρετεί αποκλειστικά την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για τον εφοδιασμό της με ΦΑ.

20. Ο κύκλος εργασιών του ΔΕΣΦΑ ήταν € 220,1 εκατ. και € 214,9 εκατ. για το 2009 και 2010 αντίστοιχα.

III. ΟΙ ΥΠΟΒΛΗΘΕΙΣΕΣ ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ

21. Η καταγγελλόμενη δεν πρόβαλε συγκεκριμένες διαδικαστικές ή άλλες ενστάσεις στα υπ' αριθμ. 379/14.9.2012, 406/20.9.2012 και 546/10.12.2012 υπομνήματά της ή κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ, παρά μόνον ισχυρισμούς οι οποίοι εξετάζονται αναλυτικά κατωτέρω.

IV. ΟΙ ΒΑΣΙΚΕΣ ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΜΕΡΩΝ

IV.1. Αντικείμενο της καταγγελίας της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ

22. Σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στην Καταγγελία της που υπέβαλε ενώπιον της ΡΑΕ και διαβιβάστηκε στην ΕΑ, η συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ είναι παράνομη, καθώς αντιβαίνει στις σαφείς και ρητές υποχρεώσεις του ως διαχειριστή του ΕΣΦΑ, όπως οι υποχρεώσεις αυτές απορρέουν από το Ν. 3428/2005, από την Οδηγία 2003/55/ΕΚ και από τον Κανονισμό (ΕΚ) 1775/05, όπως ίσχυαν κατά την επίμαχη χρονική περίοδο. Πιο συγκεκριμένα, η Καταγγέλλουσα ισχυρίστηκε ότι:

22.1. Ο ΔΕΣΦΑ παρέβη την κυριότερη ρυθμιστική υποχρέωση που του έχει ανατεθεί με το άρθρο 5(β) του Ν. 3428/2005 (όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο), να τηρεί «τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αμεροληψίας και της μη διάκρισης των Χρηστών και των Πελατών, ιδίως για τις υπηρεσίες που παρέχουν υπό καθεστώς αποκλειστικών δικαιωμάτων», όπως εξειδικεύονται και στο άρθρο 8 παρ. 2(ια) του ίδιου Νόμου[15], το οποίο μάλιστα ρητά επιτάσσει να αποφεύγει ο ΔΕΣΦΑ διακρίσεις υπέρ της μετόχου του ΔΕΠΑ. Ο ΔΕΣΦΑ προσέβαλε, σύμφωνα με την Καταγγέλλουσα, την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αποκλείοντας την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ από τη χρήση των υποδομών του ΕΣΦΑ, προς όφελος της ΔΕΠΑ, η οποία εκτός του ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση στην Ελλάδα, είναι και η μητρική εταιρία του.

22.2. Ο ΔΕΣΦΑ παρέβη και την υποχρέωσή του, όπως αυτή τίθεται στο άρθρο 5(γ) του Ν. 3428/2005 (όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο), να παρέχει τις υπηρεσίες του «κατά τρόπο ώστε να προάγεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός στην αγορά Φυσικού Αερίου». Με τη συμπεριφορά του, κατά την Καταγγέλλουσα, ο ΔΕΣΦΑ επιδίωξε

14. ΦΕΚ Β΄ 379, «Κώδικας Διαχείρισης ΕΣΦΑ». Ρυθμίζει, μεταξύ άλλων, τη διαδικασία, τους όρους, τις προϋποθέσεις και τους περιορισμούς σχετικά με τη δέσμευση και αποδέσμευση δυναμικότητας του ΕΣΦΑ από τους χρήστες, καθώς και την περαιτέρω εκχώρηση της δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας ή δυναμικότητας, αντίστοιχα, σε άλλους χρήστες (βλ. άρθρο 9).

15. «Στο πλαίσιο των ανωτέρω υποχρεώσεων, ο ΔΕΣΦΑ ΑΕ: ια) παρέχει τις υπηρεσίες του με διαφάνεια, αμεροληψία, και χωρίς διακρίσεις μεταξύ των Χρηστών ή των κατηγοριών των Χρηστών του ΕΣΦΑ, όπως διακρίσεις υπέρ των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων, των μετόχων τους ή των θυγατρικών εταιρειών τους».

και πέτυχε το ακριβώς αντίθετο αποτέλεσμα: ακόμη και μετά τη νομική κάμψη του μονοπωλίου της ΔΕΠΑ λόγω της αποδέσμευσης αχρησιμοποίητης δυναμικότητας, ο ΔΕΣΦΑ διασφάλισε τη διατήρηση του εν τοις πράγμασι μονοπωλίου της ΔΕΠΑ στην Ελλάδα, αποκλείοντας την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ από τη χρήση του ΕΣΦΑ και αποτρέποντας την εισαγωγή φυσικού αερίου στην Ελλάδα από τρίτο προμηθευτή εκτός της ΔΕΠΑ.

22.3. Ο ΔΕΣΦΑ παρέβη την υποχρέωσή του, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 2(α) του Ν. 3428/05 (όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο), να «παρέχει στους Χρήστες πρόσβαση στο ΕΣΦΑ με τον πλέον οικονομικό, διαφανή και άμεσο τρόπο για όσο διάστημα επιθυμούν». Ο ΔΕΣΦΑ δεν τήρησε εν προκειμένω, κατά την Καταγγέλλουσα, καμία από τις ως άνω υποχρεώσεις, επικαλούμενος την υποτιθέμενη έλλειψη ρυθμιστικού πλαισίου και εγκεκριμένων τιμολογίων ειδικά για spot φορτία και για εποχιακούς χρήστες, παραβιάζοντας έτσι την αρχή της διαφάνειας. Στο πλαίσιο αυτό, η Καταγγέλλουσα αναφέρει ότι ενώ ο ΔΕΣΦΑ υποστήριζε προφορικά ότι δεν υφίσταται ρυθμιστικό πλαίσιο για την παραλαβή αερίου στις εγκαταστάσεις ΥΦΑ της Ρεβυθούσας και στη συνέχεια για τη μεταφορά του μέσω του ΕΣΦΑ, συνήψε με τη ΔΕΠΑ σύμβαση με το ίδιο αντικείμενο.

22.4. Ο ΔΕΣΦΑ συμπεριφέρθηκε με τρόπο, ο οποίος αντιβαίνει στα χρηστά ήθη και τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ήδη με τα υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072334/07.10.2009 και 0072334/07.10.2009 έγγραφα διατύπωσε στο ΔΕΣΦΑ ρητό αίτημα για χρήση των υποδομών του ΕΣΦΑ. Η Καταγγέλλουσα παραπονείται συγκεκριμένα ότι ο ΔΕΣΦΑ από τη μία δημιούργησε σε αυτήν την εντύπωση ότι θα ήταν σε θέση να παραλάβει το αιτηθέν φορτίο και να το μεταφέρει στις εγκαταστάσεις της αρκεί να βρισκόταν λύση αναφορικά με το δεσμευθέν από τη ΔΕΠΑ Σημείο Εξόδου AdG, από την άλλη, και όταν πλέον η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είχε παραγγείλει το κρίσιμο φορτίο και είχε δεσμευθεί συμβατικά για την αγορά του, επικαλέστηκε προσχηματικά τα υποτιθέμενα κενά του ρυθμιστικού πλαισίου για να εμποδίσει την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ να παραλάβει το εν λόγω φορτίο.

22.5. Ο ΔΕΣΦΑ παρέβη με τη στάση του τις σαφείς και αιτιολογημένες υποδείξεις και εντολές του ανεξάρτητου ρυθμιστή (ΡΑΕ), αφενός να παρέχει σε όλους τους χρήστες πρόσβαση στις εγκαταστάσεις ΥΦΑ υπό τους ίδιους όρους, και αφετέρου να διαθέτει στους χρήστες την τεχνική δυναμικότητα του ΕΣΦΑ με τον πλέον οικονομικό και διαφανή τρόπο, ώστε να εξασφαλίζονται συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού στην αγορά φυσικού αερίου. Η Καταγγέλλουσα επισημαίνει ότι οι υποδείξεις αυτές διατυπώθηκαν με σαφήνεια στο σκεπτικό και το διατακτικό των αποφάσεων 4222/2009 και 4225/2009 της ΡΑΕ, τις οποίες ο ΔΕΣΦΑ δεν τήρησε.

23. Η Καταγγέλλουσα επικαλέστηκε, επίσης, παραβίαση των διατάξεων του Ν. 703/1977 και των άρθρων 81 επ. ΣυνθΕΚ (πλέον 101 ΣΛΕΕ) από μέρους του ΔΕΣΦΑ, αναγνώρισε πάντως ότι για τα ζητήματα αυτά η αποφασιστική αρμοδιότητα ανήκει στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (ή στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή) και δεν τα ανέπτυξε εκτενώς στην καταγγελία της ενώπιον της ΡΑΕ.

24. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η Καταγγελία της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά του ΔΕΣΦΑ, η οποία υποβλήθηκε αρχικώς στη ΡΑΕ, αφορούσε κατά το μεγαλύτερο μέρος αιτιάσεις σχετικές με την παράβαση των υποχρεώσεων του ΔΕΣΦΑ, όπως αυτές προκύπτουν από το Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, και των κανονιστικών πράξεων που έχουν εκδοθεί κατ' εξουσιοδότησή του, σχετικά με την απελευθέρωση της αγοράς φυσικού αερίου. Ωστόσο, η ΡΑΕ διαβίβασε την εν λόγω Καταγγελία στην ΕΑ, προκειμένου να διερευνηθούν οι ισχυρισμοί της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, καθόσον αυτοί αφορούσαν παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, για την εξέταση των οποίων, εξάλλου, η ίδια (ΡΑΕ) δεν ήταν αρμόδια[16]. Για το λόγο αυτό, η ΕΑ ερευνά, σύμφωνα με το άρθρο 9 Ν. 703/1977 ως ίσχυε, ήδη άρθρο 25 Ν. 3959/2011, την ύπαρξη ενδεχόμενων πρακτικών που οδηγούν σε στρεβλώσεις του ανταγωνισμού στην αγορά ΦΑ, εξετάζοντας τα ίδια πραγματικά περιστατικά υπό το πρίσμα των άρθρων 2 Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ[17].

25. Σημειώνεται ότι στο υπ' αριθμ. 382/14.9.2012 Υπόμνημά της, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναφέρεται στη στοιχειοθέτηση και παράβαση του άρθρου 1 Ν. 703/1977-3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ ενόψει των υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.2007 και Τ-0006/06.07.2010 Συμβάσεων μεταξύ της ΔΕΠΑ και του ΔΕΣΦΑ για τη Μεταφορά Φυσικού Αερίου (από κοινού η «Σύμβαση ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ»)[18]. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναφέρει σχετικά ότι «η συμφωνία ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, τουλάχιστον όπως αυτή ερμηνεύτηκε από τα συμβαλλόμενα μέρη, προέβλεπε αποκλειστικότητα πρόσβασης της ΔΕΠΑ στο ΕΣΦΑ με την έννοια ότι προκειμένου ο ΔΕΣΦΑ να εκχωρήσει τη μεταφορική ικανότητα στο επίμαχο σημείο εξόδου σε ανταγωνιστή της ΔΕΠΑ, απαιτούνταν η συναίνεση της τελευταίας (βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 027290/09.11.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την Εταιρεία μας με την οποία ισχυρίζεται ότι δεν ήταν δυνατόν να μας διαθέσει ο ΔΕΣΦΑ την αιτηθείσα δυναμικότητα στο επίμαχο σημείο εξόδου επειδή η τελευταία μπορούσε να αποδεσμευτεί μόνο κατόπιν της συναίνεσης της ΔΕΠΑ). Με τον τρόπο αυτόν, η ΔΕΠΑ απέκτησε και διατήρησε την υπερδεσπόζουσα θέση της στεγανοποιώντας τη σχετική αγορά της πρόσβασης στο ΕΣΦΑ κατ' αποκλεισμό της εισόδου ανταγωνιστών σε αυτήν»[19].

26. Διευκρινίζεται, ωστόσο, ότι η εν λόγω Σύμβαση, δεν αποτέλεσε αντικείμενο αξιολόγησης της υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 6103/25.7.2012 Έκθεσης της Εισηγήτριας υπό το πρίσμα των ως άνω διατάξεων και ως εκ τούτου εκφεύγει της παρούσας.

27. Όσον αφορά την αξιολόγηση της συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ συντάχθηκε με το περιεχόμενο της ως άνω αναφερόμενης Έκθεσης, και επανέλαβε πως «η άρνηση πρόσβασης στις συγκεκριμένες βασικές διευκολύνσεις εξαφάνισε οποιοδήποτε ανταγωνισμό στην γειτνιάζουσα αγορά προμήθειας φυσικού αερίου με αποτέλεσμα, αφενός, η Εταιρεία μας να μην μπορεί να ασκήσει το θεμελιώδες δικαίωμά της, ως Επιλέγων Πε-

---

16. Για το λόγο αυτό προβάλλεται προφανώς αλυσιτελώς ο ισχυρισμός από την Καταγγελλόμενη στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά της ότι η ΡΑΕ «[...] αξιολόγησε ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν έχει παραβεί τον ν. 703/1977 και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ».

17. Υπενθυμίζεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 Ν. 703/1977 ως ίσχυε, η ΕΑ επιλαμβάνεται υποθέσεων είτε αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν αίτησης του Υπουργού Ανάπτυξης ή κατόπιν καταγγελίας.

18. Τα αντίγραφα των συμβάσεων προσκομίστηκαν στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (ΓΔΑ) στο πλαίσιο της από 4.10.2010 κατάθεσης [...].

19. Βλ. σελ. 10 του ως άνω αναφερόμενου Υπομνήματος.

λάτης, για ελεύθερη επιλογή προμηθευτή «εγκλωβισμένη» στην de facto αποκλειστική προμήθεια από την ΔΕΠΑ και, αφετέρου, εναλλακτικοί προμηθευτές να εξοβελίζονται εντελώς από τη σχετική αγορά»[20].

28. Η Καταγγέλλουσα υπέβαλε, επίσης, το υπ' αριθμ. 409/20.9.2012 Υπόμνημα Προσθήκης-Αντίκρουσης και το υπ' αριθμ. 544/10.12.2012 Συμπληρωματικό Υπόμνημά της. Στα υπομνήματά της αυτά, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναφέρθηκε εκ νέου στα ως άνω πραγματικά περιστατικά και σε εκτεταμένη αξιολόγηση αυτών. Στο πλαίσιο αυτό, αντιπαρήλθε τα όσα αναφέρει ο ΔΕΣΦΑ προς υπεράσπισή του, επεσήμανε τα στοιχεία που θεωρεί σημαντικά και τα οποία προέκυψαν κατά την προφορική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ και συντάχθηκε με τα όσα αναφέρονται στην υπ' αριθμ. πρωτ. Οικ. 6103/25.7.2012 Έκθεση της Εισηγήτριας.

IV.2. Οι θέσεις του ΔΕΣΦΑ

29. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. πρωτ. (Γραμμ. ΕΑ) 379/14.9.2012 υπόμνημά της, η εταιρία ΔΕΣΦΑ αντιτείνει πρωτίστως ότι η υπ' αριθμ. πρωτ. 6103/25.7.2012 Εισήγηση της ΕΑ:

29.1. Συγχέει τις υποχρεώσεις του ΔΕΣΦΑ που απορρέουν από το ρυθμιστικό πλαίσιο λειτουργίας της αγοράς ΦΑ (Ν. 3428/2005) με τις υποχρεώσεις του ως επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση σύμφωνα με τον Ν. 703/1977 και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Συγκεκριμένα συγχέει, σύμφωνα με τον ΔΕΣΦΑ, την υποχρέωσή του κατά το Ν. 703/1077 και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, να προσφέρει ως επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, με τους ίδιους ακριβώς όρους και χωρίς διακριτική μεταχείριση υπέρ συγκεκριμένων επιχειρήσεων, πρόσβαση στο Σύστημα Μεταφοράς ΦΑ και να μην ενεργεί με σκοπό τον αποκλεισμό επιχειρήσεων σε «κάτω» (downstream) αγορές, με τη ρυθμιστική υποχρέωση που απορρέει από τον Ν. 3428/2005, να αποδεσμεύει υπό προϋποθέσεις δυναμικότητα μεταφοράς (εφεξής δυναμικότητα) που έχει ήδη δεσμευθεί από μια επιχείρηση/Χρήστη του ΕΣΦΑ και δεν χρησιμοποιείται.

29.2. Συγχέει τη δυνητικά καταχρηστική διακριτική μεταχείριση από μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση που στρέφεται προς τους ανταγωνιστές της με αυτή που στρέφεται προς τους πελάτες της. Ο ΔΕΣΦΑ αναφέρει σχετικά ότι (α) αποτελεί μονοπώλιο στην «πάνω» αγορά υπηρεσιών Μεταφοράς ΦΑ και δεν είναι καθετοποιημένη επιχείρηση, επομένως, δεν έχει ανταγωνιστές σε «κάτω» αγορές και (β) ότι αποφασίζει και ενεργεί ανεξάρτητα από την εταιρεία ΔΕΠΑ, συνάγεται ότι δεν έχει κανένα κίνητρο να προβεί σε «πρωτεύουσα» διακριτική μεταχείριση υπέρ αυτής. Επομένως, η μόνη μορφή διακριτικής μεταχείρισης για την οποία θα μπορούσε να κατηγορηθεί είναι της δεύτερης μορφής, η οποία κατά κύριο λόγο αφορά στην πώληση σε διαφορετικές τιμές στους πελάτες της επιχείρησης που έχει δεσπόζουσα θέση, πελάτες όμως, τους οποίους η επιχείρηση δεν ανταγωνίζεται (στο «κάτω» στάδιο της παραγωγικής αλυσίδας). Ο ΔΕΣΦΑ υποστηρίζει, επίσης, ότι μόνο σε εξαιρετικά σπάνιες περιπτώσεις έχει θεωρηθεί από τα Ευρωπαϊκά Δικαστήρια ότι αυτής της μορφής η διακριτική μεταχείριση θεωρείται καταχρηστική και ισχυρίζεται ότι δεν εμπίπτει ούτε σε αυτές, δεδομένου ότι είναι υποχρεωμένος να πωλεί σε - εκ των προτέρων καθοριζόμενες από τη ΡΑΕ - τιμές σε όλους τους πελάτες του. Διακριτική μεταχείριση με τη μορφή της «άρνησης πρόσβασης» σε πελάτες, είναι, σύμφωνα με το ΔΕΣΦΑ, ακόμη πιο σπάνια και σύμφωνα με τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Πρωτοδικείου, στην υπόθεση Landbroke, δεν μπορεί να θεωρηθεί καταχρηστική.

29.3. Συγχέει την δυνητικά καταχρηστική συμπεριφορά εκ μέρους της ΔΕΠΑ, στο πλαίσιο του Δικαίου του Ανταγωνισμού, να δεσμεύει «υπερβολικές» υπηρεσίες μεταφοράς στην ενδιάμεση (δευτερογενή) αγορά υπηρεσιών μεταφοράς με την υποχρέωση του ΔΕΣΦΑ, στο αυστηρό πλαίσιο του Δικαίου του Ανταγωνισμού, να ικανοποιεί στην πρωτογενή αγορά υπηρεσίες Μεταφοράς, όπου αυτό είναι εφικτό και με ίδιους όρους, την ζήτηση των πελατών της.

29.4. Δεν προσδιορίζει ούτε εξειδικεύει με ποιον τρόπο συγκεκριμένα ο ΔΕΣΦΑ έχει παραβεί το Ν. 703/1977 και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, ενώ επαναλαμβάνει σε πολύ μεγάλο βαθμό όσα αναφέρει η υπ' αριθμ. 1175/2010 Απόφαση της ΡΑΕ, για την παράβαση από τον ΔΕΣΦΑ των διατάξεων του Ν. 3428/2005, καταλήγοντας στο πρόδηλο σφάλμα ότι η παράβαση αυτού του ρυθμιστικού Νόμου αποτελεί και παράβαση του Ν. 703/1977 και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ο ΔΕΣΦΑ επισημαίνει σχετικά ότι κατά της απόφασης αυτής της ΡΑΕ, ο ΔΕΣΦΑ έχει ασκήσει την υπ' αριθμ. 8882/01.11.2010 αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου Επικρατείας, η συζήτηση της οποίας εκκρεμεί.

29.5. Η ισχύσασα κατά την υπό κρίση χρονική περίοδο εθνική νομοθεσία είχε διαμορφώσει - δια της παραλείψεως της Διοίκησης να εκδώσει έγκαιρα την αναγκαία ρυθμιστική δευτερεύουσα νομοθεσία για τη λειτουργία της συνολικής αγοράς φυσικού αερίου - ένα νομικό πλαίσιο το οποίο, από μόνο του, απέκλειε κάθε δυνατότητα ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούντο σε αυτή.

29.6. Η Εισήγηση της ΕΑ, στην προσπάθειά της να περιγράψει την οργάνωση και λειτουργία της αγοράς φυσικού αερίου - επανέλαβε, χωρίς περαιτέρω τεκμηρίωση, τα συμπεράσματα της Απόφασης 1175/2010 της ΡΑΕ και έσφαλε που δέχθηκε ότι ο ΔΕΣΦΑ, ως Διαχειριστής του ΕΣΦΑ, διαθέτει «διακριτική ευχέρεια» παρέμβασης στην αγορά, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων του, όταν η εν λόγω αγορά, είναι εντόνως και ex ante ρυθμισμένη, διεπόμενη από ρυθμιστικούς και τεχνικούς κανόνες, που προβλέπονται από την οικεία Εθνική και ενωσιακή νομοθεσία και εξειδικεύονται από τις αρμόδιες προς τούτο αρχές, ήτοι εν προκειμένω το αρμόδιο Υπουργείο και τη ΡΑΕ.

29.7. Η συμμόρφωση του ΔΕΣΦΑ με το ισχύσαν, την υπό κρίση χρονική περίοδο, νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο σε συνδυασμό με την έλλειψη εξουσίας παρέμβασης στην εν λόγω αγορά, καθώς και την έλλειψη των αναγκαίων ρυθμιστικών κανόνων για την ορθή και εύρυθμη λειτουργία της, δεν συνιστά «αυτόβουλη συμπεριφορά» του ΔΕΣΦΑ με σκοπό τον αποκλεισμό, τον περιορισμό ή τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, προκειμένου να τυγχάνουν εφαρμογής τα άρθρα 2 του Ν.703/1977 και 102 ΣΛΕΕ σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού.

30. Περαιτέρω, ο ΔΕΣΦΑ ισχυρίζεται στο ίδιο υπόμνημα ότι η ΡΑΕ δεν ζήτησε από την ΕΑ να διερευνηθεί, αν ο ΔΕΣΦΑ έχει καταχραστεί τη δεσπόζουσα θέση του στην πρωτογενή αγορά μεταφοράς ΦΑ σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού, ισχυρισμός πάντως προφανώς αλυσιτελής, αφενός επειδή η ΡΑΕ παρέπεμψε την Καταγγελία

20. Βλ. σελ. 25 επ. του ως άνω Υπομνήματος

της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, που περιείχε αιτιάσεις για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού στην ΕΑ, αφετέρου, διότι η ΕΑ έχει αρμοδιότητα να επιληφθεί της εξέτασης τυχόν παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού και αυτεπαγγέλτως, οσάκις με οποιονδήποτε τρόπο λαμβάνει γνώση γεγονότων που είναι δυνατόν να αποτελούν παραβάσεις εν λόγω διατάξεων, όπως αναφέρθηκε ήδη και ανωτέρω[21].

31. Στο υπ' αριθμ. πρωτ. (Γραμμ. ΕΑ) 406/20.9.2012 Υπόμνημά της (Συμπληρωματικό Υπόμνημα - Αντίκρουση), η εταιρία ΔΕΣΦΑ καταρχάς αντικρούει τα όσα της καταλογίζει η Καταγγέλλουσα στο από 14.9.2012 Υπόμνημά της αναφορικά με την παράβαση του άρθρου 1 Ν. 703/1977-3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ[22]. Στη συνέχεια αναφέρει συμπληρωματικά στο από 14.9.2012 Υπόμνημά της, ότι η ΡΑΕ είχε αναγνωρίσει πως δεν υπήρχε τιμολόγιο για τη βραχυχρόνια χρήση του ΕΣΦΑ στο έγγραφό της «Πρόταση ΡΑΕ: Σχεδιασμός της Αγοράς και του Ρυθμιστικού Πλαισίου για τον τομέα του Φυσικού Αερίου στην Ελλάδα – πρώτη έκδοση Αύγουστος 2004» και ότι η θέση που εν τέλει διατύπωσε (η ΡΑΕ) έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τα όσα η ίδια είχε προτείνει για τη στάση που όφειλε να κρατήσει ο Διαχειριστής απέναντι σε αίτημα για τη βραχυχρόνια χρήση και τιμολόγηση του ΕΣΦΑ[23].

32. Τέλος, στο υπ' αριθμ. πρωτ. 546/10.12.2012 Υπόμνημα, το οποίο ο ΔΕΣΦΑ υπέβαλλε μετά την επίδοση των πρακτικών της προφορικής διαδικασίας ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ, αναφέρονται εκ νέου, όσα ως άνω ισχυρίστηκε η εταιρία, περί σύγχυσης του ρυθμιστικού πλαισίου με το δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού και της μη ύπαρξης κινήτρου για διακριτική μεταχείριση και άρνηση παροχής πρόσβασης σε βασική διευκόλυνση. Αναφέρονται, επίσης, οι παρακάτω ισχυρισμοί της εταιρίας:

32.1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού οφείλει να απαλλάξει το ΔΕΣΦΑ από οποιαδήποτε κύρωση, εφόσον αποδέχθηκε τις δεσμεύσεις της ΔΕΠΑ, επιχείρημα που προβάλλεται αόριστα αλλά και σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς, καθώς, αφενός ο ΔΕΣΦΑ δεν υπέβαλλε δεσμεύσεις και αφετέρου η αποδοχή δεσμεύσεων αποτελεί ευχέρεια της ΕΑ που εξαρτάται από την αξιολόγηση περί του αν συντρέχουν ή όχι λόγοι για τη συνέχιση της δράσης της, επειδή πληρούνται μια σειρά από προϋποθέσεις που εξετάζονται ανά περίπτωση.

32.2. Υπήρξαν αντικειμενικές δυσκολίες διαχείρισης της υποδομής ΥΦΑ της Ρεβυθούσας, λόγω ακριβώς της απουσίας του αναγκαίου ρυθμιστικού πλαισίου (του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ).

V. ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΣΧΕΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ

V.1. Αγορά Προϊόντων και Υπηρεσιών

33. Στην αγορά φυσικού αερίου διακρίνονται καταρχάς δύο (2) αγορές: α) η αγορά πρόσβασης στο δίκτυο ή άλλως αγορά δυναμικότητας του συστήματος φυσικού αερίου, και β) η αγορά προμήθειας φυσικού αερίου. Η διάκριση αυτή, η οποία παρουσιάζεται στον Κανονισμό 1775/2005, αλλά και στον μεταγενέστερο σχετικό Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 715/2009, υιοθετείται από τη ΡΑΕ, καθώς και σε μια σειρά αποφάσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής [24], ενώ επιβάλλεται από τις διαφορετικές ανταγωνιστικές συνθήκες που επικρατούν σε κάθε μία από τις αγορές αυτές. Ειδικότερα:

34. (α) Η αγορά πρόσβασης στο δίκτυο ονομάζεται και αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου, αναλόγως την οπτική γωνία προσέγγισής της (αυτής των Χρηστών ή του παρέχοντος υπηρεσίες). Η αγορά αυτή αφορά τη μεταφορά εντός και μόνο του ΕΣΦΑ, όπως οριζόταν από το άρθρο 6 του Ν. 3428/2005. Διακρίνεται, συνεπώς, από τις υπηρεσίες μεταφοράς σε ανεξάρτητα συστήματα φυσικού αερίου (άρθρο 15 επ. του Ν. 3428/2005), καθώς και από τις υπηρεσίες διανομής (άρθρο 21 επ. του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο). Η αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου συναρτάται με τη λειτουργία και εκμετάλλευση ενός δικτύου με τη μορφή «φυσικού μονοπωλίου». Είναι εντόνως ρυθμισμένη, σε αντίθεση με την αγορά προμήθειας.

35. Η αγορά πρόσβασης ή υπηρεσιών μεταφοράς διαιρείται με τη σειρά της σε δύο (2) επιμέρους αγορές: την πρωτογενή και τη δευτερογενή[25]. Παρόλο που η πρωτογενής και η δευτερογενής παροχή υπηρεσιών πρόσβασης συνδέονται μεταξύ τους, επειδή αμφότερες αφορούν τη χρήση του δικτύου, παρουσιάζουν ουσιαστικές διαφορές που επιβάλλουν τη διάκριση ξεχωριστών «αγορών υπηρεσιών». Οι διαφορές εντοπίζονται κυρίως στα χαρακτηριστικά της προσφοράς[26].

36. Πιο συγκεκριμένα, στην πρωτογενή αγορά πρόσβασης, δραστηριοποιείται εκ του νόμου ένας μόνο πάροχος, ο ΔΕΣΦΑ, με την ιδιότητα του κυρίου και εκμεταλλευόμενου το ΕΣΦΑ. Συνεπώς, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, δεν

21. Εξάλλου, η ΕΑ δεν τελεί σε ιεραρχική εξάρτηση από την ΡΑΕ ώστε η διατύπωση του κειμένου με το οποίο διαβιβάζεται από την τελευταία μια καταγγελία να είναι δυνατόν να περιορίσει την έκταση των ερευνών, να περιορίσει δηλαδή, εν τέλει, τις αρμοδιότητες της ΕΑ για τη διερεύνηση των υπό εξέταση ζητημάτων.

22. Στο πλαίσιο αυτό προβαίνει σε εκτεταμένες αναφορές του θεσμικού πλαισίου και επισημαίνει, μεταξύ άλλων, ότι «κατά την υπό κρίση χρονική περίοδο είχε εκδοθεί με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης (Δ1/1227/2007, ΦΕΚ Β΄ 135) μετά γνώμη της ΡΑΕ (αριθμός 5/2007), κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 5 του άρθρου 40 του ν.3428/2005, η Πρότυπη Σύμβαση Μεταφοράς, οι όροι της οποίας ήταν διοικητικά καθορισμένοι εκ των προτέρων εγκεκριμένοι και γνωστοί σε όλους. Κατόπιν τούτου, ο ΔΕΣΦΑ μετά από σχετικό αίτημα της ΔΕΠΑ συνήψε, ως όφειλε εκ του νόμου και σύμφωνα με το ανωτέρω προδιατυπωμένο περιεχόμενο, την με αριθμό Τ-0001/21.12.2007 Σύμβαση Μεταφοράς, όπως αυτή εναρμονίστηκε μετέπειτα σύμφωνα με τις επιταγές της εκάστοτε ισχύουσας νομοθεσίας και ισχύει. Κατά συνέπεια, και εφόσον η εν λόγω συμφωνία δεν είναι προφανώς παράνομη δεν συντρέχει η πρώτη προϋπόθεση για την στοιχειοθέτηση παράβασης του άρθρου 1 του ν.703/1977 και 101 ΣΛΕΕ», βλ. σελ. 3 του σχετικού Υπομνήματος.

23. Βλ. σελ. 8 επ. του εν λόγω Συμπληρωματικού Υπομνήματος.

24. Βλ. ενδεικτικά, Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 18.03.2009 COMP/39402 RWE Gas Foreclosure ΕΕ 2009 C 133/08, παρ. 12-14. Επίσης στο πεδίο των συγκεντρώσεων, Αποφάσεις Ευρωπαϊκής Επιτροπής Υποθ. IV/493 - Tractabel/Distrigas II, παρ. 27 επ. και Υπόθ. COMP/M.3410 Total Gas Tractabel de France, παρ. 15-16.

25. Βλ. Απόφαση ΡΑΕ 1175/2010 σελ. 12 με περαιτέρω παραπομπές, ομοίως και Απόφαση ΡΑΕ 1/2011 σελ.16. Στην ίδια κατεύθυνση Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 18.3.2009, Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 18.03.2009 COMP/39402 – RWE Gas Foreclosure ΕΕ 2009 C 133/08, παρ. 12-14. Τις σχετικές διακρίσεις δεν αμφισβητεί εξάλλου, αλλά συνομολογεί και ο ΔΕΣΦΑ στο υπ' αριθμ. πρωτ. (Γραμμ.) 379/14.1.2012 υπόμνημά του (βλ. σελ. 5-6).

26. Διαφορετικοί πάροχοι δραστηριοποιούνται στη μία και την άλλη - πρβλ. Απόφαση ΓΔ Τ-86/95, Compagnie Générale Maritime, Συλλ. 2002, σελ. II-1011, σκ. 128-129 και τις εκεί παραπομπές.

υφίσταται καμία δυνατότητα υποκατάστασης σε επίπεδο προσφοράς. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του Κανονισμού 1775/2005, όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο[27], ως «πρωτογενής αγορά», νοείται η αγορά της δυναμικότητας που διατίθεται στο εμπόριο απευθείας από τον διαχειριστή του δικτύου μεταφοράς». Δευτερογενώς, μπορούν να δραστηριοποιηθούν όσες επιχειρήσεις συνάπτουν συμβάσεις για τη χρήση του δικτύου (οι «Χρήστες [28]), δεδομένου ότι προβλέπεται ρητά η δυνατότητα περαιτέρω εκχώρησης της δυναμικότητας από έναν χρήστη σε άλλον[29]. Σύμφωνα, εξάλλου, με το σχετικό ορισμό του Κανονισμού 1775/2005 (πλέον Κανονισμού 715/2009), ως «"δευτερογενής αγορά", νοείται η αγορά της δυναμικότητας που αποτελεί αντικείμενο εμπορίας εκτός των πλαισίων της πρωτογενούς αγοράς». Όπως προκύπτει, επίσης, από το άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, δυνητικά μπορεί να δραστηριοποιηθεί στη δευτερογενή αγορά ένας σημαντικός αριθμός προσώπων: προμηθευτές, επιλέγοντες πελάτες για τις ποσότητες φυσικού αερίου που προμηθεύονται, καθώς και κάθε πρόσωπο που παρέχει επαρκείς εγγυήσεις οικονομικής φερεγγυότητας και τεχνικής επάρκειας[30].

37. (β) Η αγορά της προμήθειας (πώλησης φυσικού αερίου) εμφανίζει, από τη μεριά της, τελείως διαφορετικές ανταγωνιστικές συνθήκες: είναι ελάχιστα ρυθμισμένη, ενώ μπορεί να συμμετέχει σε αυτήν μη περιορισμένος αριθμός επιχειρήσεων, υπό την προϋπόθεση απόκτησης της προβλεπόμενης άδειας προμήθειας φυσικού αερίου (άρθρο 24 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε), ή ως αυτοπρομηθευόμενοι Επιλέγοντες Πελάτες. Μάλιστα, κατά το μεταβατικό στάδιο μέχρι την αναμενόμενη έκδοση του Κανονισμού Αδειών, η προμήθεια φυσικού αερίου επιτρέπονταν και πριν από τη χορήγηση της σχετικής άδειας (άρθρο 40 παρ. 4 του ως άνω Νόμου). Ωστόσο, ενώ μέχρι και το έτος 2009 στην ελληνική αγορά φυσικού αερίου δραστηριοποιείτο ως Προμηθευτής μόνον η ΔΕΠΑ, την επόμενη χρονιά μειώνεται κάπως το μερίδιό της, καθώς πραγματοποιούνται εισαγωγές φορτίων LNG από επιλέγοντες πελάτες, παραμένοντας όμως σε εξαιρετικά υψηλά επίπεδα.

38. Αν και διακριτές κατά τα ανωτέρω, οι αγορές πρόσβασης και προμήθειας φυσικού αερίου είναι ταυτόχρονα συνδεόμενες (άλλως «γειτνιάζουσες»). Η (ανταγωνιστική) λειτουργία της αγοράς προμήθειας εξαρτάται από τον τρόπο λειτουργίας της πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς πρόσβασης στο δίκτυο, έτσι ώστε οι τελευταίες να μπορούν να θεωρηθούν ως «προηγούμενες» αγορές σε σχέση με την προμήθεια. Είναι προφανές ότι τυχόν παρεμποδιστικές πρακτικές στην (πρωτογενή) αγορά πρόσβασης μπορούν να οδηγήσουν σε εξάλειψη ή περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά επόμενου σταδίου (προμήθεια φυσικού αερίου). Ομοίως, η δυσλειτουργία της δευτερογενούς διάθεσης δυναμικότητας εμποδίζει τη δυνατότητα ανάπτυξης συνθηκών ανταγωνισμού στην αγορά προμήθειας.

V.2. Γεωγραφική Αγορά

39. Ο ορισμός της γεωγραφικής αγοράς[31] για τη μεταφορά του ΦΑ είναι αρκετά περίπλοκος και αρκετές εθνικές αρχές ανταγωνισμού έχουν καταλήξει σε διαφορετικά συμπεράσματα κατά το παρελθόν. Με βάση το βαθμό υποκαταστασιμότητας, οι χρήστες του δικτύου μεταφοράς ΦΑ, οι οποίοι για την εξυπηρέτησή τους χρησιμοποιούν διαφορετικά σημεία εξόδου του δικτύου, δεν θεωρούν τα διαφορετικά αυτά σημεία υποκατάστατα μεταξύ τους, με αποτέλεσμα η γεωγραφική αγορά να ορίζεται στενά κάθε φορά (σε κάθε σημείο εξόδου). Η προσέγγιση αυτή υιοθετήθηκε από την γερμανική αρχή ανταγωνισμού (Bundeskartellamt) σε κλαδική έρευνα σχετικά με τη μεταφορική ικανότητα δικτύου ΦΑ στη χώρα[32].

40. Από την σκοπιά, ωστόσο, του προμηθευτή ΦΑ ως χρήστη του ΕΣΦΑ δεν ενδιαφέρει σε ποιο σημείο εντοπίζεται το ΦΑ, από τη στιγμή κατά την οποία υπάρχει ο αγωγός μεταφοράς από κάποιο σημείο του δικτύου (π.χ. Ρεβυθούσα) στο σημείο προορισμού του (π.χ. στο Σημείο Εξόδου AdG). Επομένως, το σύνολο του υπάρχοντος δικτύου μεταφοράς (αγωγός μεταφοράς) είναι δυνατόν να ληφθεί υπόψη ως ενιαία γεωγραφική αγορά, ή η εθνική επικράτεια. Η συγκεκριμένη προσέγγιση χρησιμοποιήθηκε στις τέσσερεις υποθέσεις, της Ευρωπαϊκής Επιτροπής[33], που αφορούσαν σε αποκλεισμό από το δίκτυο μεταφοράς.

27. Πλέον άρθρο 2 του Κανονισμού 715/2009

28. Άρθρο 2, παρ. 31 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε: «Χρήστης: Οποιοσδήποτε δικαιούται να συνάπτει συμβάσεις για τη χρήση Συστήματος Φυσικού Αερίου».

29. Άρθρο 12 παρ. 6 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε: «Με συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ χρηστών επιτρέπεται η εκχώρηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από τη σύμβαση δεσμευμένης δυναμικότητας, καθώς και η αναδοχή των αντίστοιχων υποχρεώσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ. Απαγορεύονται και είναι απολύτως άκυροι όροι της σύμβασης δέσμευσης δυναμικότητας, με τους οποίους περιορίζεται ή αποκλείεται η δυνατότητα εκχώρησης και αναδοχής. Οι συμβάσεις εκχώρησης και αναδοχής συνάπτονται μόνο εγγράφως».

30. Η δευτερογενής αγορά έχει ως σκοπό να ενισχύσει τις συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά προμήθειας ΦΑ, αντιμετωπίζοντας, μεταξύ άλλων, προληπτικά και το πρόβλημα της συμφόρησης που μπορεί να προκληθεί στην πρωτογενή αγορά πρόσβασης. Αφορά, λοιπόν, κατά κυριολεξία, στη «δεσμευμένη μεταφορική ικανότητα» και όχι όλη ανεξαιρέτως τη δυναμικότητα του δικτύου. Δίνει, επομένως, αφενός στον αρχικό χρήστη τη δυνατότητα να εκχωρήσει την μη χρησιμοποιούμενη - αλλά δεσμευμένη από αυτόν - μεταφορική ικανότητα, απαλλασσόμενος από το αντίστοιχο κόστος, αφετέρου στο νέο χρήστη τη δυνατότητα ανεύρεσης, στη δευτερογενή αγορά, της απαραίτητης για τις ανάγκες του μεταφορικής ικανότητας. Σημειώνεται, τέλος, ότι οι τιμές πρόσβασης στην πρωτογενή αγορά είναι ρυθμισμένες ex ante από το ρυθμιστή, ενώ στη δευτερογενή όχι, καθώς εκεί διαμορφώνονται από τις εκάστοτε συνθήκες προσφοράς και ζήτησης δυναμικότητας.

31. Σημειώνεται ότι σε αποφάσεις που αφορούν τα δίκτυα μεταφοράς ΦΑ, υποστηρίχθηκε ότι ο ορισμός της γεωγραφικής αγοράς δεν είναι τόσο σημαντικός, κυρίως σε ότι αφορά φυσικά μονοπώλια μεταφοράς και ότι ο ορισμός της αγοράς προϊόντος και μόνο είναι επαρκής, βλ. ενδεικτικά Bundesnetzagentur, Beschluss vom 5.11.2008, BK4-07-100, σ. 23.

32. "Sektoruntersuchung Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen", B-10 - 7/09, 12/2009.

33. Για τη συγκεκριμένη προσέγγιση βλ. Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 4.5.2010 COMP/39317 E.ON Gas, ΕΕ 2010 C 278/06 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά:

< http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39317/39317_1942_3.pdf >, βλ. σκ. 21, Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 3.12.2009, COMP/39316 Gas de France ΕΕ 2010 C 57/09 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39316/39316_2298_1.pdf >, βλ. σκ. 16, Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 29.09.2010 COMP/39315 - ENI ΕΕ 2010 C 352/10 (περίληψη), το πλήρες κείμενο διαθέσιμο στα αγγλικά στο < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf >

βλ. σκ. 26, Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 18.03.2009 COMP/39402 - RWE Gas Foreclosure ΕΕ 2009 C 133/08 (περίληψη), το πλήρες κείμενο είναι διαθέσιμο στα αγγλικά στο < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39402/39402_576_1.pdf >, βλ. σκ. 15.

41. Για την κρινόμενη υπόθεση, όσον αφορά στην αγορά πρόσβασης στο δίκτυο ή άλλως αγορά δυναμικότητας του συστήματος ΦΑ, ως γεωγραφική αγορά της πρωτογενούς αγοράς πρόσβασης, δύναται να οριστεί η εθνική επικράτεια, καθώς: α) η μεταφορά του ΦΑ πραγματοποιείται σε εθνικό επίπεδο και οριοθετείται από τα σημεία εισόδου του στη χώρα (Ελληνο-Βουλγαρικά σύνορα, Ελληνο-Τουρκικά σύνορα σε αέρια μορφή και στη Ρεβυθούσα σε υγρή μορφή - LNG) και εξόδου στα αντίστοιχα των Χρηστών, β) η ύπαρξη του αγωγού μεταφοράς στο σύνολο της επικράτειας είναι δυνατό να εξασφαλίζει την ύπαρξη του ΦΑ ταυτόχρονα στα σημεία εισόδου και στα σημεία εξόδου του δικτύου.

VI. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ[34].

42. Η αγορά ΦΑ αποτελεί, όπως η αγορά ενέργειας στο σύνολό της, μια προοδευτικώς απελευθερούμενη και επαναρυθμιζόμενη με κανόνες δικαίου ex ante αγορά. Αυτό σημαίνει ότι έχει ήδη μεταβεί, τουλάχιστον νομοθετικά, από ένα καθεστώς κεντρικής ρύθμισης με τη συμμετοχή ενός καθετοποιημένου μονοπωλητή, σε μια ανοικτή και ανταγωνιστική αγορά, με αμφίδρομη ελευθερία επιλογής προμηθευτών και πελατών, διεπόμενη από ίδιο κανονιστικό πλαίσιο. Την εφαρμογή και εξειδίκευση του εν λόγω πλαισίου αναλαμβάνει ένας ανεξάρτητος Ρυθμιστής.

43. Η απελευθέρωση της αγοράς ΦΑ στην Ελλάδα έχει ήδη πραγματοποιηθεί με το Ν. 3428/2005 (ΦΕΚ Α΄ 313/27.12.2005), όπως ίσχυε, με τον οποίο ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2003/55/ΕΚ (ΕΕ L 176). Ήδη, όμως, πριν το Ν. 3428/2005, είχε εκδοθεί και ίσχυε ο Κανονισμός 1775/2005/ΕΚ σχετικά με τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς φυσικού αερίου (ΕΕ L 289/3.11.2005), ο οποίος προέβλεπε την κατάργηση φραγμών στην εσωτερική αγορά ΦΑ, ιδίως όσον αφορά την εμπορία ΦΑ (βλ. σημείο 1 του Προοιμίου του Κανονισμού), και επέβαλε στους διαχειριστές των δικτύων μεταφοράς την υποχρέωση να παρέχουν υπηρεσίες χωρίς διακρίσεις σε όλους τους χρήστες του δικτύου (βλ. άρθρο 4 παρ. 1, περ. α΄, του Κανονισμού) [35].

44. Κεντρικό άξονα, αλλά και προϋπόθεση της απελευθέρωσης, αποτελεί η ελευθερία πρόσβασης στο δίκτυο, που στην προκειμένη περίπτωση ενδιαφέρει ειδικότερα. Στην ανάγκη «διασφάλισης της πρόσβασης τρίτων στα δίκτυα φυσικού αερίου και τις λοιπές υποδομές που φέρουν χαρακτήρα φυσικού μονοπωλίου, για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού», αναφερόταν άλλωστε ρητώς και η αιτιολογική έκθεση του Ν. 3428/2005.

45. Οι ανταγωνιστικές συνθήκες, όσον αφορά την πρόσβαση στο ΕΣΦΑ, επιδιώκονται στο ισχύον, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, καθεστώς με μέτρα, αφενός διαρθρωτικής και αφετέρου λειτουργικής φύσης[36]:

(α) Σε διαρθρωτικό επίπεδο, επιδιώχθηκε ο νομικός και περιουσιακός διαχωρισμός της κυριότητας και εκμετάλλευσης του δικτύου από τις επιχειρηματικές δραστηριότητες παραγωγής, εισαγωγής και προμήθειας φυσικού αερίου. Έτσι, δυνάμει των άρθρων 6, 7 και 8 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, ο κλάδος του Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς Φυσικού Αερίου (περιλαμβανομένων του κεντρικού αγωγού και των κλάδων του, της εγκατάστασης υγροποιημένου φυσικού αερίου, καθώς και των υποδομών και χώρων αποθήκευσης και επανεισαγωγής φυσικού αερίου) αποσπάσθηκε από τη ΔΕΠΑ και εισφέρθηκε κατά πλήρες δικαίωμα κυριότητας και εκμετάλλευσης σε άλλο νομικό πρόσωπο, τον ΔΕΣΦΑ, ο οποίος ιδρύθηκε με το Π.Δ. 33/2007. Έτσι το σύνολο του μετοχικού κεφαλαίου του ΔΕΣΦΑ ελέγχεται, όπως προαναφέρθηκε, από τη ΔΕΠΑ.

(β) Σε λειτουργικό επίπεδο, η διαφανής, αντικειμενική και μη διακριτική πρόσβαση στο δίκτυο επιδιώκεται με δύο (2) ομάδες ρυθμίσεων. Η πρώτη εστιάζει στη λειτουργική ανεξαρτησία του ΔΕΣΦΑ και ιδίως των προσώπων που είναι υπεύθυνα για τη διαχείριση του συστήματος μεταφοράς, έναντι της μητρικής ΔΕΠΑ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 7 παρ. 6 και 9 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε[37]. Η δεύτερη ομάδα ρυθμίζει τις υποχρεώσεις του ΔΕΣΦΑ κατά τη διαχείριση και εκμετάλλευση του ΕΣΦΑ. Στο άρθρο 8 του ίδιου νόμου διατυπώνονταν οι κατευθυντήριες αρχές απελευθέρωσης (και οι αντιστοιχούσες υποχρεώσεις του ΔΕΣΦΑ), οι οποίες συνοψίζονται ως εξής:

- ως κανόνας τίθεται το δικαίωμα πρόσβασης των χρηστών στο δίκτυο, ενώ η άρνηση παροχής είναι κατ' εξαίρεση δυνατή μόνο αιτιολογημένα και για τους περιοριστικά αναφερόμενους στο νόμο λόγους,
- η πρόσβαση παρέχεται στους χρήστες με τον πλέον οικονομικό, διαφανή και άμεσο τρόπο και για όσο χρόνο επιθυμούν, εφόσον δεν τίθεται σε κίνδυνο η ομαλή και ασφαλής λειτουργία του ΕΣΦΑ[38].

46. Οι ως άνω βασικές αρχές θέτουν στην ουσία έναν στόχο ο οποίος εξειδικεύεται και υλοποιείται μέσω κανονιστικών πράξεων που εκδίδονται είτε από τον Ρυθμιστή (Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας, «ΡΑΕ»), είτε από την Κεντρική Διοίκηση – Υπουργείο με πρόταση ή γνώμη της ΡΑΕ. Ειδικώς για την πρόσβαση στο δίκτυο, ο Ν. 3428/2005 προέβλεπε[39]:

46.1. Την έκδοση Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ με Υπουργική απόφαση, μετά από σύμφωνη γνώμη της ΡΑΕ, ο οποίος θα ρύθμιζε, μεταξύ άλλων, τη διαδικασία, τους όρους, τις προϋποθέσεις και τους περιορισμούς σχετικά με τη δέσμευση και αποδέσμευση δυναμικότητας του ΕΣΦΑ από τους Χρήστες, καθώς και την περαιτέρω εκχώρηση της δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας ή δυναμικότητας, αντίστοιχα, σε άλλους Χρήστες (άρθρο 9).

---

34. Βλ. τις υπ' αριθμ. 1175/2010 και 1/2011 αποφάσεις ΡΑΕ

35. Υπενθυμίζεται ότι ο Κανονισμός 1775/2005 καταργήθηκε στις 3.3.2011 από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 715/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς φυσικού αερίου και για την κατάργηση του Κανονισμού ΕΚ αριθ. 1775/2005, ΕΕ αριθ. L 211/36 της 14/08/2009. Βλ. πλέον άρθρο 14 παρ. 1 (α) του ανωτέρω Κανονισμού, αναφορικά με την υποχρέωση των διαχειριστών να μεριμνούν για την παροχή υπηρεσιών χωρίς διακρίσεις σε όλους τους χρήστες του δικτύου.

36. Βλ. την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση ΡΑΕ.

37. Βλ. πλέον την Άδεια Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, ΥΑ Δ1/Α/5815 (ΦΕΚ Β΄ 464/19.4.2010), με την οποία καθορίστηκαν μέτρα που στόχευσαν στη διασφάλιση της ανεξαρτησίας του ΔΕΣΦΑ έναντι της ΔΕΠΑ.

38. Βλ. πλέον σχετικά άρθρο 68 Ν. 4001/2011, αναφορικά με τις αρμοδιότητες του ΔΕΣΦΑ. Ο Ν. 4001/2011 (ΦΕΚ Α΄179/22.08.2011) «για τη λειτουργία Ενεργειακών Αγορών Ηλεκτρισμού και Φυσικού Αερίου για Έρευνα, παραγωγή και δίκτυα μεταφοράς Υδρογονανθράκων και άλλες ρυθμίσεις» δημοσιεύτηκε στις 22 Αυγούστου 2011. Επισημαίνεται ότι ο συγκεκριμένος νόμος τέθηκε σε ισχύ σε μεταγενέστερη των υπό εξέταση πραγματικών περιστατικών περίοδο.

39. Βλ. την υπ' αριθμ. 1/2011 απόφαση ΡΑΕ.

Κατά την περίοδο που έλαβαν χώρα τα υπό εξέταση πραγματικά περιστατικά (Δεκέμβριος του 2009), ο Κώδικας Διαχείρισης του ΕΣΦΑ δεν είχε ακόμη υιοθετηθεί, αλλά θεσπίσθηκε μεταγενέστερα. Ωστόσο, κατά την ως άνω χρονική περίοδο ήδη είχε εκδοθεί ο προαναφερόμενος Κανονισμός 1775/2005/ΕΚ (ΕΕ L 289/3.11.2005), του οποίου οι σχετικές διατάξεις είχαν άμεση ισχύ στα κράτη-μέλη της Ε.Ε. (άρθρο 288 ΣΛΕΕ) και δέσμευαν τους διαχειριστές δικτύων μεταφοράς φυσικού αερίου.

46.2. Την κατάρτιση και δημοσίευση από τον ΔΕΣΦΑ, μετά από έγκριση της ΡΑΕ, πρότυπων συμβάσεων για τη χρήση του δικτύου μεταφοράς, τη χρήση των εγκαταστάσεων ΥΦΑ και τη χρήση των εγκαταστάσεων αποθήκευσης (άρθρο 8 παρ. 2(α) Ν. 3428/2005).

46.3. Την κατάρτιση από τη ΡΑΕ και την έγκριση από τον Υπουργό Ανάπτυξης, Κανονισμού Τιμολόγησης, για τη μεθοδολογία καθορισμού τιμολογίων σχετικά με τη χρέωση κάθε Βασικής Δραστηριότητας, συμπεριλαμβανομένων των υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου (άρθρα 31 και 2(4)). Ήδη, δυνάμει του Ν. 3175/2003, είχαν εκδοθεί τα τιμολόγια χρήσης του ΕΣΦΑ (υπουργική απόφαση υπ' αριθμ. 4955/2006 «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ», ΦΕΚ Β΄ 360/27.3.2006, όπως ισχύει), τα οποία, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 40 παρ. 3 Ν. 3428/2005 θα ίσχυαν μέχρι την έκδοση του Κανονισμού Τιμολόγησης.

46.4. Περαιτέρω, για τη μεταβατική περίοδο μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης, προβλέπονταν τα ακόλουθα:

(i) Σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 5 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε, η διαχείριση του ΕΣΦΑ θα γινόταν με βάση τις εφαρμοζόμενες διαδικασίες και πρακτικές της ΔΕΠΑ, εκτός αν προβλεπόταν διαφορετικά από τις διατάξεις του ίδιου νόμου. Περαιτέρω, στο ίδιο άρθρο προβλεπόταν ότι «με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνώμη της ΡΑΕ, και κατόπιν αναφοράς που υποβάλλεται από Χρήστη, θα ρυθμίζονται προσωρινώς θέματα διαχείρισης του ΕΣΦΑ, για να διασφαλίζεται ότι η διαχείριση αυτού διενεργείται με διαφανή, αντικειμενικά και αμερόληπτα κριτήρια και να επιτυγχάνεται ταυτόχρονα η ασφάλεια, η αξιοπιστία και η αποδοτικότητα του ΕΣΦΑ, χωρίς διακρίσεις μεταξύ των Χρηστών».

(ii) Σύμφωνα με το άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 (όπως προστέθηκε με το άρθρο 29 παρ. 1 του Ν. 3468/2006), μέχρι την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης και την έγκριση των πρότυπων συμβάσεων μεταφοράς και χρήσης Εγκατάστασης Αποθήκευσης, «για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης στο ΕΣΦΑ και τη χρήση αυτού θα συνάπτονται συμβάσεις ορισμένου χρόνου μεταξύ της ΔΕΠΑ Α.Ε. και των προσώπων που έχουν δικαίωμα πρόσβασης στο ΕΣΦΑ. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, μετά από σύμφωνη γνώμη της ΡΑΕ, καθορίζονται η διαδικασία σύναψης, το περιεχόμενο και οι όροι των συμβάσεων αυτών». Η ρύθμιση αυτή είχε σκοπό να καλύψει την εν λόγω μεταβατική περίοδο και για το λόγο αυτό προέβλεπε τη σύναψη συμβάσεων πρόσβασης με τη ΔΕΠΑ. Μετά την ίδρυση του ΔΕΣΦΑ κατέστη, συνεπώς, ανενεργός, ως προς το σημείο αυτό, ωστόσο, δυνάμει της εξουσιοδότησης της διάταξης αυτής, είχε εκδοθεί η μοναδική πρότυπη σύμβαση (μεταφοράς), ήδη πριν το κρίσιμο χρονικό διάστημα. Πρόκειται για την υπ' αριθμ. Δ1/1227/18.1.2007 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, σχετικά με τον «Καθορισμό διαδικασίας, σύναψης, περιεχομένου και όρων των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του ΕΣΦΑ» (ΦΕΚ Β΄ 135).

47. Βασικής σημασίας διατάξεις σχετικά με τα γεγονότα του Δεκεμβρίου του 2009 είναι, επίσης, εκείνες του άρθρου 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, σύμφωνα με τις οποίες: «Με αιτιολογημένη απόφαση του ΔΕΣΦΑ ΑΕ μετά από έγκριση της ΡΑΕ μπορεί να αποδεσμεύεται δυναμικότητα που έχει δεσμευθεί και δεν χρησιμοποιείται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ. Η αποδέσμευση της δυναμικότητας συνεπάγεται απαλλαγή του Χρήστη από τις οικονομικές υποχρεώσεις έναντι του ΔΕΣΦΑ ΑΕ, οι οποίες αντιστοιχούν στη δυναμικότητα που αποδεσμεύεται».

48. Εξάλλου, για την πρόσβαση στο ΕΣΦΑ και για τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου έως την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης ετύγχανε ευθείας και αμέσου εφαρμογής ο προαναφερόμενος Κανονισμός 1775/2005/ΕΚ της 28.9.2005 σχετικά με τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς φυσικού αερίου (ΕΕ L 289/3.11.2005, σελ. 1), ο οποίος έθεσε την αρχή της ελεύθερης πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς και του οποίου οι ρυθμιστικοί κανόνες ίσχυαν ανεξάρτητα από τη θέσπιση ή μη εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών μέτρων, λ.χ. για την λεπτομερέστερη εφαρμογή τους.

VII. ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ ΤΗΣ ΥΠΟ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ

49. Από τα όσα παραδεκτά τα μέρη κατά τα κατωτέρω συνομολόγησαν και τη συνεκτίμηση των στοιχείων που προέκυψαν από την έρευνα της υπηρεσίας[40], όλων ανεξαιρέτως των εγγράφων του φακέλου, τις καταθέσεις των μαρτύρων και τους ισχυρισμούς των μερών, όπως αναπτύχθηκαν κατά την ακροαματική ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ και αποτυπώνονται στα υπομνήματά τους προέκυψαν τα παρακάτω:

VII.1. Δομή Αγοράς

50. Τα μέρη συνομολογούν, ότι στην πρωτογενή αγορά πρόσβασης δραστηριοποιείται εκ του νόμου ένας μόνο πάροχος, ο ΔΕΣΦΑ, με την ιδιότητα του κυρίου και εκμεταλλευόμενου το ΕΣΦΑ, ο οποίος είναι φορέας οικονομικής δραστηριότητας και κατέχει εκ του νόμου δεσπόζουσα θέση και μάλιστα μονοπωλιακή στη συγκεκριμένη αγορά[41].

40. Συγκεκριμένα, η έρευνα της Υπηρεσίας περιλάμβανε τα εξής μέτρα: 1. Λήψη ανωμοτί καταθέσεων κατά την περίοδο 16.09.2010 – 14.03.2011 από εκπροσώπους και εργαζόμενους ([...]) του ΔΕΣΦΑ και της ΔΕΠΑ. Αναλυτικότερα, η ΓΔΑ κάλεσε και έλαβε κατάθεση από [...] στις 16.09.2010, [...] στις 04.10.2010, [...] στις 14.10.2010, [...] στις 08.03.2011 [...] στις 14.03.2011. 2. Πραγματοποίηση επιτόπιου ελέγχου στις 19.10.2010 στις εγκαταστάσεις της ΔΕΠΑ, κατά τον οποίο παραλήφθηκαν έγγραφα, καθώς και ηλεκτρονικά αρχεία από τους υπολογιστές στελεχών της εταιρείας. 3. Αποστολή ερωτηματολογίων στα εμπλεκόμενα μέρη σε τρεις φάσεις. Αρχικά στάλθηκαν στη ΔΕΠΑ και στο ΔΕΣΦΑ στις 15.07.2011, σε δεύτερη φάση, κατά την εξέλιξη της διερεύνησης της υπόθεσης, καθώς κρίθηκε αναγκαίο να αποσαφηνιστούν κάποια σημεία και να προσκομιστούν πρόσθετα στοιχεία, στάλθηκαν πρόσθετα ερωτηματολόγια στους ίδιους παραλήπτες στις 13.10.2011, ενώ τέλος η διαδικασία επαναλήφθηκε στις 16.11.2011. Ερωτηματολόγιο εστάλη, επίσης, στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στις 07.10.2011.

41. Βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή

Το ύψος των απαιτούμενων επενδύσεων και το κόστος που θα πρέπει να επωμιστούν οι ανταγωνιστές για την ενδεχόμενη δημιουργία ενός ανεξάρτητου συστήματος ΦΑ, θεωρείται σημαντικός φραγμός για την είσοδο στην αγορά, ενώ την ίδια στιγμή το ΕΣΦΑ θεωρείται, όπως επίσης συνομολογεί ο ΔΕΣΦΑ[42], «ουσιώδης διευκόλυνση». Επομένως, δεν υπάρχει κανενός είδους δυνητικός ανταγωνισμός που να περιορίζει τη δεσπόζουσα θέση την οποία κατέχει ο ΔΕΣΦΑ στην σχετική αγορά πρωτογενούς πρόσβασης σε εθνικό επίπεδο[43], όπως αυτή ορίστηκε ανωτέρω[44].

51. Από το ΔΕΣΦΑ, εξάλλου, δεν αμφισβητείται, ότι κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, δέσμευση δυναμικότητας του ΕΣΦΑ είχε γίνει μόνο από τη ΔΕΠΑ. Ειδικότερα, για το Σημείο Εξόδου AdG τον Δεκέμβριο του 2009, η δέσμευση ανέρχεται υποχρεωτικά, με βάση την ΥΑ περί ορισμού τιμολογίου, σε ποσοστό 80%, της συνολικά διαθέσιμης, στο συγκεκριμένο σημείο, δυναμικότητας. Κατά δήλωση δε της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, το υπόλοιπο 20% δεν επαρκούσε για την κάλυψη των αναγκών της[45]. Άρα μόνο η μητρική του ΔΕΣΦΑ εταιρία ΔΕΠΑ δραστηριοποιείτο δευτερογενώς στην αγορά πρόσβασης.

VII.2. Συμβατικές σχέσεις

52. Από τα μέρη δεν αμφισβητείται, επίσης, η ύπαρξη συμβάσεων, τόσο μεταξύ της ΔΕΠΑ και της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ όσο και μεταξύ της ΔΕΠΑ και του ΔΕΣΦΑ. Η Σύμβαση για την προμήθεια φυσικού αερίου μεταξύ της ΔΕΠΑ και της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ (η «Σύμβαση ΔΕΠΑ-ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ»)[46] υπεγράφη την 09.05.2008 μεταξύ των δύο ως άνω εταιριών και αφορά την προμήθεια, μεταφορά και πώληση φυσικού αερίου από τη ΔΕΠΑ στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για τις ανάγκες του Σταθμού Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού και Θερμότητας της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Η Σύμβαση ορίζει ως έναρξη ισχύος την [...][47] και λήξεως την [...][48]. Το φυσικό αέριο παραδίδεται στο Σημείο Εξόδου AdG[49]. Η Συμβατική Τιμή ορίζεται ως το άθροισμα της Τιμής Προμήθειας του Προϊόντος και της Χρέωσης Μεταφοράς, ο τρόπος υπολογισμού των οποίων περιγράφεται αναλυτικά στη Σύμβαση[50]. Στη Σύμβαση καθορίζεται, επίσης, η Ετήσια Συμβατική Ποσότητα φυσικού αερίου[51], επί τη βάσει της οποίας προσδιορίζεται η Ελάχιστη Ετήσια Ποσότητα, την οποία η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ υποχρεούται να πληρώσει ανεξαρτήτως παραλαβής[52]. Η Σύμβαση περιλαμβάνει ειδικές προβλέψεις σχετικά με τις προδιαγραφές που θα πρέπει να πληροί το φυσικό αέριο[53], τις μετρήσεις και τον έλεγχο του παραδιδόμενου φυσικού αερίου[54], την τιμολόγηση και τον τρόπο πληρωμής[55] και, τέλος, όρους για την επίλυση τυχόν ανακυπτουσών διαφορών, είτε με διορισμό εμπειρογνώμονα είτε με υποβολή σε διαιτησία[56].

53. Σχετικές με τα υπό εξέταση πραγματικά περιστατικά είναι, ωστόσο, και οι υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.2007 και Τ-0006/06.07.2010 Συμβάσεις μεταξύ της ΔΕΠΑ και του ΔΕΣΦΑ για τη Μεταφορά Φυσικού Αερίου (από κοινού η «Σύμβαση ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ») [57].

54. Η υπ' αριθμ. Τ-0001 Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου υπεγράφη την 21.12.2007 μεταξύ των ΔΕΠΑ και ΔΕΣΦΑ, δυνάμει της πρότυπης σύμβασης μεταφοράς, η οποία εκδόθηκε με την υπ' αριθμ. Δ1/1227/18.01.2007 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης[58], με ισχύ από την [...][59]. Αντικείμενο της Σύμβασης είναι η παροχή από το ΔΕΣΦΑ στη ΔΕΠΑ υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου[60]. Το αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών μεταφοράς υπολογίζεται και τιμολογείται κατά τα προβλεπόμενα στον Κώδικα ΕΣΦΑ, το Τιμολόγιο Χρήσης ΕΣΦΑ[61] και τις κατ' εξουσιοδότηση του Νόμου εκδιδόμενες διατάξεις[62]. Η Σύμβαση περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, αναλυτική περιγραφή της δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας στα σημεία εισόδου (Σιδηρόκαστρο, Αγία Τριάδα και Κήποι) και σε σημεία εξόδου μονάδων ηλεκτροπαραγωγής και λοιπών πελατών [MWh/Ημέρα][63]. Η δέσμευση της δυναμικότητας των σημείων εξόδου από τη ΔΕΠΑ περιελάμβανε και τη δέσμευση μεταφορικής ικανότητας παραλαβής 21.439,170 MWh/ημέρα στο Σημείο AdG, που αντιστοιχούσε, όπως προαναφέρθηκε, στο 80% της μεταφορικής δυνατότητας στο συγκεκριμένο σημείο.

Ανταγωνισμού, σελ. 3 και 6.

42. Βλ. πολλαπλές αναφορές στα Υπομνήματα της καταγγελλόμενης. Βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 8.

43. Βλ. την υπ' αριθμ.1175/2010 απόφαση ΡΑΕ.

44. Αντίθετα, στη δευτερογενή αγορά πρόσβασης μπορούν να δραστηριοποιηθούν όσες επιχειρήσεις συνάπτουν συμβάσεις για τη χρήση του δικτύου. Αφορά τη «δεσμευμένη μεταφορική ικανότητα» και όχι όλη ανεξαιρέτως τη δυναμικότητα του δικτύου. Δίνει στον αρχικό χρήστη τη δυνατότητα να εκχωρήσει την μη χρησιμοποιούμενη - αλλά δεσμευμένη - μεταφορική ικανότητα, απαλλασσόμενος από το αντίστοιχο κόστος, και στο νέο χρήστη τη δυνατότητα ανεύρεσης, στη δευτερογενή αγορά, της απαραίτητης για τις ανάγκες του μεταφορικής ικανότητας.

45. Βλ. κατάθεση στις 16.09.2010 στη ΓΔΑ [...].

46. Βλ. το υπ' αρ. πρωτ. (ΡΑΕ) Ι-107632/17.02.2010 έγγραφο της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τη ΡΑΕ για την κοινοποίηση στην τελευταία αντιγράφου της Σύμβασης Προμήθειας ΦΑ μεταξύ ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ και ΔΕΠΑ, το οποίο διαβιβάστηκε στην υπηρεσία μας από τη ΡΑΕ, στο πλαίσιο της Πρώτης Καταγγελίας.

47. Βλ. όρο Ε.4.1. της Σύμβασης ΔΕΠΑ - ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, [...].

48. Δηλαδή για χρονικό διάστημα [...].

49. Βλ. όρο Ε.3.1 της Σύμβασης. Βλ. και Παράρτημα 4 της Σύμβασης ΔΕΠΑ - ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπου αναφέρεται ότι [...].

50. Βλ. όρο Ε.8.1 και Παράρτημα 1 της Σύμβασης. [...].

51. Βλ. όρο Ε.6 της Σύμβασης

52. Βλ. όρο Ε.7, αυτού του τύπου οι προβλέψεις είναι γνωστές ως ρήτρες «take or pay».

53. Βλ. όρο Γ3 και Παράρτημα 2 της Σύμβασης.

54. Βλ. όρο Γ.4 της Σύμβασης.

55. Βλ. όρο Γ.5. Βλ. συναφώς και όρος Γ. 6 [...].

56. Βλ. όρους Γ.9 και Γ.10 της Σύμβασης.

57. Τα αντίγραφα των συμβάσεων προσκομίστηκαν στη ΓΔΑ της ΕΑ στο πλαίσιο της από 4.10.2010 κατάθεσης [...].

58. ΥΑ Δ1/1227/18.01.2007 «Καθορισμός διαδικασίας σύναψης, περιεχομένου και όρων των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Φυσικού αερίου» (ΦΕΚ Β΄ 135/05.02.2007).

59. Όρος 3 της Τ-0001 Σύμβασης.

60. Όρος 1 της Τ-0006 Σύμβασης και όρος 2 της Τ-0001 Σύμβασης.

61. Παρότι δεν ορίζεται στη Σύμβαση Τ-0006 εικάζεται ότι πρέπει να νοείται το Τιμολόγιο Μεταφοράς το οποίο ορίζεται στην υπ' αριθμ. 4955/2006 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ» ΦΕΚ Β΄360/27.03.2006.

62. Όρος 4 της υπ' αριθμ. Τ-0006 Σύμβασης και όρος 6 της υπ' αριθμ. Τ-0001 Σύμβασης.

63. Παράρτημα 2 της υπ' αριθμ. Τ-0006 και της υπ' αριθμ. Τ-0001 Σύμβασης.

55. Σύμφωνα με τα αρ. 2 και 17.3 της ως άνω υπουργικής απόφασης,[64] καθώς και το άρθρο 110 του εν συνεχεία θεσπισθέντος Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ[65], σε περίπτωση αλλαγής του κανονιστικού πλαισίου και μετά την έγκριση της πρότυπης σύμβασης, τα πρόσωπα που έχουν συνάψει σύμβαση μεταφοράς με το ΔΕΣΦΑ υποχρεούνται να τροποποιήσουν τις συμβάσεις τους κατά τρόπο ώστε αυτές να εναρμονίζονται με την εν λόγω πρότυπη σύμβαση μεταφοράς[66]. Ακολούθως, κατόπιν μεταβολής του νομοθετικού πλαισίου (έκδοση Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ[67], έγκριση νέων πρότυπων συμβάσεων κτλ.) τροποποιήθηκε η ως άνω υπ' αριθμ. Τ-0001/2007 Σύμβαση με την υπ' αριθμ. Τ-0006/2010 Σύμβαση Μεταφοράς[68].

64. Ο όρος 17.3 της επισυναπτόμενης στην ΥΑ πρότυπης σύμβασης προέβλεπε ότι «Σε περίπτωση αλλαγής του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τη λειτουργία και διαχείριση του ΕΣΦΑ, σύμφωνα με όσα αναφέρονται υπό στοιχείο Ζ΄ του προοιμίου της παρούσας, τα μέρη αναγνωρίζουν ότι το νέο αυτό κανονιστικό πλαίσιο θα διέπει εφεξής και την παρούσα σύμβαση και οφείλουν να αναπροσαρμόσουν τη σύμβαση αυτή εντός προθεσμίας 3 μηνών ή εντός της προθεσμίας που τυχόν θα προβλέπεται στις σχετικές κανονιστικές πράξεις. Στην περίπτωση της παρούσας παραγράφου, ο Χρήστης διατηρεί το δικαίωμα να καταγγείλει αζημίως την παρούσα εντός της προθεσμίας του προηγούμενου εδαφίου, έπειτα από προηγούμενη εξόφληση κάθε οφειλής έναντι του Διαχειριστή».

65. Υπουργική απόφαση υπ'αριθμ. Δ1/Α/5346/2010, ΦΕΚ Β΄ 379/01.04.2010.

66. Σύμφωνα με τον Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ προβλέπεται ότι οι υπηρεσίες μεταφοράς ΦΑ παρέχονται στους χρήστες του ΕΣΦΑ χωρίς διακρίσεις και απαιτείται η σύναψη Σύμβασης Μεταφοράς μεταξύ Διαχειριστή και Χρήστη (άρθρο 7 του Κώδικα). Η σύμβαση αυτή συνάπτεται για χρονική περίοδο τουλάχιστον μιας μέρας (άρθρο 8 του Κώδικα), ενώ ο Χρήστης είναι δυνατό να αιτηθεί και να πετύχει τη μεταβολή της μεταφορικής ικανότητας που ο ίδιος δεσμεύει (άρθρο 11 του Κώδικα). Ταυτόχρονα, σε περίπτωση μη χρήσης της μεταφορικής ικανότητας από τον Χρήστη, ο Διαχειριστής έχει τη δυνατότητα να προβεί σε υποχρεωτική μεταβολή της (άρθρο 12 του Κώδικα), ενώ ταυτόχρονα προβλέπεται η εκχώρηση της Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας από το Χρήστη που την έχει δεσμεύσει, σε άλλον Χρήστη (άρθρο 14 του Κώδικα). Τέλος, προβλέπεται η δυνατότητα αποδέσμευσης μη χρησιμοποιηθείσας Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας με αιτιολογημένη απόφαση του Διαχειριστή (άρθρο 15 του Κώδικα).

67. Βλ. Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ:

Άρθρο 7 «Υπηρεσίες Μεταφοράς»: «1. Ο Διαχειριστής υποχρεούται να παρέχει στους Χρήστες, κατά τους ειδικότερους όρους και προϋποθέσεις του Κώδικα, τις ακόλουθες Υπηρεσίες Μεταφοράς κατά τον πλέον οικονομικό, διαφανή και άμεσο τρόπο, χωρίς διακρίσεις μεταξύ των Χρηστών και των κατηγοριών Χρηστών: Α) Παραλαβή από τον Διαχειριστή Ποσότητας Φυσικού Αερίου από ένα ή περισσότερα Σημεία Εισόδου. Β) Μεταφορά της Ποσότητας Φυσικού Αερίου μέσω του ΕΣΜΦΑ. Γ) Παράδοση Ποσότητας Φυσικού Αερίου από το Διαχειριστή σε ένα ή περισσότερα Σημεία Εξόδου. Δ) Εκτέλεση των αναγκαίων μετρήσεων μέσω των μετρητικών διατάξεων στα Σημεία Εισόδου και Εξόδου. 2. Για την παροχή των Υπηρεσιών Μεταφοράς απαιτείται η σύναψη Σύμβασης Μεταφοράς Φυσικού Αερίου μεταξύ του Διαχειριστή και του Χρήστη».

Άρθρο 8: «Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου»: «1. Η Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου (Σύμβαση Μεταφοράς) συνάπτεται μεταξύ: Α) Του Διαχειριστή. Β) Προσώπων εγγεγραμμένων στο Μητρώο Χρηστών του ΕΣΦΑ, κατά το άρθρο 13 του Νόμου. 2. Η Σύμβαση Μεταφοράς συνάπτεται για χρονική περίοδο τουλάχιστον μίας (1) Ημέρας ή για ακέραια πολλαπλάσια αυτής. 3. Η Σύμβαση Μεταφοράς καταρτίζεται εγγράφως, σύμφωνα με την πρότυπη σύμβαση η οποία εκδίδεται κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α) της παραγράφου 2 του άρθρου 8 του Νόμου (Πρότυπη Σύμβαση Μεταφοράς) [...]».

Άρθρο 11: «Μεταβολή Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας κατόπιν αιτήματος Χρήστη Μεταφοράς»: «1. Κατά τη διάρκεια ισχύος της Σύμβασης Μεταφοράς, Χρήστης Μεταφοράς δικαιούται να αιτηθεί τη μεταβολή της Μεταφορικής Ικανότητας που δεσμεύει, στις ακόλουθες περιπτώσεις: Α) Στην αρχή κάθε Έτους, εφόσον η διάρκεια ισχύος της Σύμβασης υπερβαίνει τους δώδεκα (12) μήνες, με την επιφύλαξη των οριζομένων στην παράγραφο 2. Για τη μεταβολή της Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας ο Χρήστης υποβάλλει εγγράφως σχετικό αίτημα στο Διαχειριστή, τουλάχιστον δεκαπέντε (15) ημέρες πριν τη λήξη κάθε Έτους. Ο Διαχειριστής απαντά αιτιολογημένα στο Χρήστη εντός προθεσμίας πέντε (5) ημερών. [...]».

Άρθρο 12: «Υποχρεωτική Μεταβολή Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας Χρήστη Μεταφοράς»: «1. Κατά τη διάρκεια ισχύος της Σύμβασης Μεταφοράς, η Δεσμευμένη Μεταφορική Ικανότητα Χρήστη Μεταφοράς μεταβάλλεται υποχρεωτικά από τον Διαχειριστή, εφόσον συντρέχουν οι λόγοι και έχει ακολουθηθεί η διαδικασία εφαρμογής των άρθρα [15], [16] και [18]. 2. Οι περιπτώσεις μεταβολής της Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας του Χρήστη Μεταφοράς κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο αυτό, δεν συνιστούν μεταβολή για την οποία απαιτείται έγγραφη τροποποίηση της Σύμβασης Μεταφοράς Φυσικού Αερίου. [...]».

Άρθρο 14: «Εκχώρηση Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας»: «1. Κάθε Χρήστης Μεταφοράς (Εκχωρών Χρήστης) μπορεί να εκχωρήσει σε άλλο Χρήστη Μεταφοράς (Εκδοχέας Χρήστης), το σύνολο ή μέρος της Μεταφορικής Ικανότητας που έχει δεσμεύσει σε Σημείο Εισόδου ή Εξόδου (Εκχωρούμενη Δεσμευμένη Μεταφορική Ικανότητα). 2. Εκχώρηση Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας προϋποθέτει προηγούμενη έγγραφη συναίνεση του Διαχειριστή, στην περίπτωση που ο Εκχωρών και ο Εκδοχέας Χρήστης συμφωνούν ότι ο Εκδοχέας Χρήστης υπεισέρχεται πλήρως στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του Εκχωρούντος Χρήστη που απορρέουν από τις διατάξεις του Κώδικα και τους όρους της Σύμβασης Μεταφοράς και καθίσταται αποκλειστικά υπεύθυνος έναντι του Διαχειριστή για την εκπλήρωση των τελευταίων και ιδίως αυτών που αφορούν στην Εξισορρόπηση Φορτίου και στην πληρωμή του ισχύοντος Τιμολογίου Χρήσης του ΕΣΦΑ. [...]».

Άρθρο 15: «Αποδέσμευση μη χρησιμοποιηθείσας Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας»: «1. Με αιτιολογημένη απόφαση του Διαχειριστή μετά από έγκριση της ΡΑΕ, σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 12 του Νόμου, δύναται να αποδεσμεύεται το σύνολο ή τμήμα της Μεταφορικής Ικανότητας την οποία έχει δεσμεύσει Χρήστης Μεταφοράς σε Σημείο Εισόδου ή Εξόδου και η οποία, λαμβανομένων υπόψη και των εκάστοτε μεταβολών της Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας κατά τα άρθρα [11] και [12], δεν χρησιμοποιήθηκε, εφόσον η μη χρησιμοποίηση αυτής έχει δυσμενή επίδραση στην αποτελεσματική διαχείριση του ΕΣΜΦΑ και ιδίως στην δυνατότητα πρόσβασης τρίτων σε αυτό, στην οικονομική αποτελεσματικότητα αυτού, στην ασφάλεια εφοδιασμού και στη δυνατότητα παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας και εφόσον ο Χρήστης Μεταφοράς δεν αιτιολόγησε εμπρόθεσμα ή δεν αιτιολόγησε επαρκώς τη μη χρησιμοποίηση της Μεταφορικής Ικανότητας που έχει δεσμεύσει στο εν λόγω Σημείο. 2. Μη χρησιμοποιηθείσα Μεταφορική Ικανότητα δύναται να αποδεσμεύεται, σύμφωνα με τη διαδικασία της παραγράφου [1], στις ακόλουθες, ιδίως, περιπτώσεις: Α) Σε περίπτωση που Χρήστης Μεταφοράς δεν χρησιμοποίησε το σύνολο ή τμήμα της Μεταφορικής Ικανότητας την οποία έχει δεσμεύσει σε Σημείο Εισόδου ή Εξόδου για χρονικό διάστημα τουλάχιστον δώδεκα (12) συνεχόμενων Μηνών».

Άρθρο 16: «Αποδέσμευση μη χρησιμοποιούμενης Δεσμευμένης Μεταφορικής Ικανότητας Παραλαβής»: «1. Στην περίπτωση που Χρήστης υποβάλλει αίτηση για δέσμευση Μεταφορικής Ικανότητας Παραλαβής σε Σημείο Εξόδου προκειμένου να εξυπηρετήσει Πελάτη, τον οποίο εξυπηρετεί άλλος Χρήστης Μεταφοράς και: Α) Ο αιτών Χρήστης προσκομίζει έγγραφη δήλωση του Πελάτη ή του Προμηθευτή του Πελάτη ότι, ο Πελάτης ή ο Προμηθευτής του θα εξυπηρετείται από τον αιτούντα Χρήστη και ότι θα σταματήσει να εξυπηρετείται από τον άλλο Χρήστη Μεταφοράς ή δεν θα εξυπηρετείται από αυτόν για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, και Β) Η διαθέσιμη Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής στο Σημείο Εξόδου δεν είναι επαρκής, ο Διαχειριστής αποδεσμεύει, με αιτιολογημένη απόφαση του μετά από έγκριση της ΡΑΕ, σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 12 του Νόμου, από τον Χρήστη Μεταφοράς ο οποίος εξυπηρετούσε μέχρι τώρα τον Πελάτη ή τον Προμηθευτή του, την Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής η οποία απαιτείται για την εξυπηρέτηση του Πελάτη ή του Προμηθευτή του και αντίστοιχα δεσμεύει υπέρ του αιτούντος Χρήστη, Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής ίσου μεγέθους στο σχετικό Σημείο Εξόδου, για το χρονικό διάστημα που αναφέρεται στη δήλωση του Πελάτη ή του Προμηθευτή του Πελάτη. 2. Για την πραγματοποίηση της ανωτέρω μεταβίβασης δεν απαιτείται η συναίνεση του Χρήστη Μεταφοράς από τον οποίο αποδεσμεύεται η Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής. 3. Ο Διαχειριστής πιστώνει το Χρήστη Μεταφοράς από τον οποίο αποδεσμεύεται η Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής με το αναλογούν ποσό που ο Χρήστης αυτός είχε καταβάλει βάσει της χρέωσης δυναμικότητας του Τιμολογίου Χρήσης του ΕΣΦΑ και χρεώνει τον αιτούντα Χρήστη με το ποσό αυτό, σύμφωνα με το Τιμολόγιο Χρήσης του ΕΣΦΑ».

68. Έγκριση των συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου και Χρήσης εγκατάστασης Υ.Φ.Α. που υποβλήθηκαν από τον Δ.Ε.Σ.Φ.Α. Α.Ε ΦΕΚ Β΄ 480/20.04.2010. Προσφάτως δε εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 126/2012 απόφαση της ΡΑΕ με θέμα «Έγκριση συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου & Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ που υποβλήθηκαν από τον ΔΕΣΦΑ ΑΕ» (ΦΕΚ Β΄ 907/23.3.2012).

56. Η υπ' αριθμ. Τ-0006/2010 τροποποιημένη - προσαρμοσμένη στις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ σύμβαση μεταφοράς ΦΑ μεταξύ ΔΕΠΑ - ΔΕΣΦΑ διατήρησε τις δεσμευμένες από τη ΔΕΠΑ δυναμικότητες στα σημεία εισόδου και εξόδου του ΕΣΦΑ, στο πρότυπο της προηγούμενης σύμβασης, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στα παραρτήματα των δύο συμβάσεων[69]. Ειδικότερα, σύμφωνα και με την τροποποιημένη σύμβαση, η ΔΕΠΑ διατήρησε τη δεσμευμένη μεταφορική ικανότητα παραλαβής 21.439,170 MWh/ημέρα στο Σημείο Εξόδου AdG, που αντιστοιχούσε στο 80% της μεταφορικής δυνατότητας στο συγκεκριμένο σημείο. Σημειώνεται, ότι η τροποποιημένη σύμβαση υπογράφηκε σε χρόνο μεταγενέστερο του αιτήματος της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τη ΔΕΠΑ για τη μη δέσμευση από την τελευταία δυναμικότητας στο Σημείο AdG για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Το γεγονός αυτό καταδεικνύει ότι δεν λήφθηκε υπόψη από τη ΔΕΠΑ το αίτημα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ να δεσμεύει η ίδια τη μεταφορική ικανότητα στο Σημείο AdG, υπογράφοντας προς τούτο συμβάσεις με τον ΔΕΣΦΑ.

VII.3. Τα υπό εξέταση γεγονότα

57. Ενόψει της σύναψης σύμβασης με αλλοδαπό προμηθευτή, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-97652/23.9.2009 αίτησή της προς τη ΡΑΕ την εγγραφή της στο Μητρώο Χρηστών του ΕΣΦΑ και με τις υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072334/7.10.2009 και 0072335/7.10.2009 αιτήσεις της προς το ΔΕΣΦΑ, τη σύναψη των αναγκαίων Συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου (για το Σημείο Εξόδου AdG) και χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ[70]. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0073929/6.11.2009 επιστολή της, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είχε ήδη γνωστοποιήσει εγγράφως στον ΔΕΣΦΑ την πρόθεσή της να προμηθευτεί υγροποιημένο φυσικό αέριο (LNG), ποσότητας 65.000m^3, προερχόμενο από την Αλγερία, με ημερομηνία παράδοσης μεταξύ 29.11.2009 – 2.12.2009. Προϋπόθεση για την πραγμάτωση της προμήθειας αυτής ήταν η διασφάλιση της δυνατότητας παραλαβής του συγκεκριμένου φορτίου από την εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας και εν συνεχεία η μεταφορά του στο Σημείο Εξόδου AdG, το οποίο εξυπηρετεί την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

58. Από τα παραπάνω σαφώς προκύπτει, ότι προηγείτο χρονικά η ενημέρωση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ σχετικά με την άφιξη καραβιού με LNG στις αρχές Δεκεμβρίου, και με βάση την αρχή της χρονικής προτεραιότητας θα έπρεπε η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ να εξυπηρετηθεί πρώτη. Ο ισχυρισμός της ΔΕΠΑ[71] περί πρωθύστερης αιτήσεως - ενημέρωσής της για τη χρησιμοποίηση των εγκαταστάσεων του ΕΣΦΑ στη Ρεβυθούσα κατά τις ίδιες ημερομηνίες, δεν μπορεί να γίνει δεκτός. Συγκεκριμένα, η ΔΕΠΑ ισχυρίστηκε ότι η ίδια ενημέρωσε τον ΔΕΣΦΑ για την άφιξη φορτίου με LNG στις 6.11.2009, ενώ η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ενημέρωσε τον ΔΕΣΦΑ στις 9.11.2009 για την άφιξη του δικού της φορτίου με LNG. Από το έγγραφο, ωστόσο, που επισυνάπτει η ΔΕΠΑ, προκειμένου να αποδείξει τον σχετικό ισχυρισμό και από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει σαφώς, ότι η ΔΕΠΑ ζήτησε και ενημέρωσε εγγράφως τον ΔΕΣΦΑ για την εκφόρτωση δύο φορτίων LNG μόλις στις 16.11.2009 (και όχι στις 6.11.2009)[72]. Αντίστοιχα, η αίτηση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για εκφόρτωση LNG στη Ρεβυθούσα έλαβε χώρα στις 6.11.2009 σε προγενέστερο χρονικό σημείο, δηλαδή, από εκείνο της ΔΕΠΑ[73]. Για το λόγο αυτό ο ΔΕΣΦΑ δεν θα μπορούσε να ισχυριστεί, ότι αδυνατούσε αντικειμενικά να παράσχει πρόσβαση στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, επειδή με βάση την αρχή της χρονικής προτεραιότητας θα έπρεπε να την παράσχει στη ΔΕΠΑ.

59. Διευκρινίζεται μάλιστα, ότι όπως επιβεβαιώνεται και από την κατάθεση [...], το καράβι με LNG για λογαριασμό μίας εκ των εταιρειών θα δέσμευε τις εγκαταστάσεις στη Ρεβυθούσα για μεγάλο χρονικό διάστημα, καθιστώντας αδύνατη την εκφόρτωση του LNG για λογαριασμό της άλλης, κατά την επίμαχη περίοδο και συνεπώς ήταν απαραίτητη η εφαρμογή της αρχής της χρονικής προτεραιότητας[74].

60. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 027349/10.11.2009 έγγραφο του ΔΕΣΦΑ, ο ίδιος ενημέρωσε πάντως την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για τη συμβατότητα του συγκεκριμένου φορτίου και τη δυνατότητα υποδοχής του στην εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας κατά τις ως άνω ημερομηνίες, διαβεβαιώνοντάς την εγγράφως, ότι «ο ΔΕΣΦΑ διαθέτει την τεχνική δυνατότητα παραλαβής του φορτίου περίπου εξήντα πέντε χιλιάδων (65.000) κυβικών μέτρων ΥΦΑ στις 2 Δεκεμβρίου 2009».

61. Προηγουμένως, μάλιστα, στην υπ' αριθμ. πρωτ. 027290/9.11.2009 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με την οποία ο ΔΕΣΦΑ ζητούσε στοιχεία για το φορτίο LNG, προκειμένου να βεβαιώσει ότι πληροί την τεχνική δυνατότητα παραλαβής του φορτίου, ο ίδιος ανέφερε ότι η εταιρία ΔΕΠΑ Α.Ε., με την υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.07 Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου που έχει συνάψει με τον ίδιο, έχει δεσμεύσει στο Σημείο Εξόδου AdG Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής ίση με 21.439,170 MWh Ημέρα (80% της τεχνικά μέγιστης Μεταφορικής Ικανότητας Παραλαβής στο Σημείο αυτό) έως και την 31η Μαρτίου 2012[75]. Δηλαδή, στην επιστολή του ο ΔΕΣΦΑ κατέληγε, ότι ο ίδιος δεν ήταν δυνατό να διαθέσει άμεσα τη δυναμικότητα αυτή στην εταιρία ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, για λόγους συμφόρησης στο σημείο AdG (και όχι για λόγους συμφόρησης των εγκαταστάσεων στη Ρεβυθούσα).

69. Βλ. Παράρτημα Α2 της υπ' αριθμ. Τ-0001 Σύμβασης και Έντυπο Τεχνικών Στοιχείων της υπ' αριθμ. Τ-0006 Σύμβασης.

70. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. πρωτ. Ο-37515/14.10.2009 έγγραφο της ΡΑΕ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, η τελευταία, ως κάτοχος άδειας παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας και κατ' επέκταση ως Επιλέγων Πελάτης βάσει του άρθρου 25 του ν. 3428/2005, μπορούσε να συνάψει Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου με το ΔΕΣΦΑ, πριν την εγγραφή της στο Μητρώο Χρηστών ΕΣΦΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ' αριθμ. Δ1/1227/2007 απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης «Καθορισμός διαδικασίας σύναψης, περιεχομένου και όρων των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου» (ΦΕΚ Β΄ 135/5.2.2007), όπως ισχύει.

71. Βλ. υπ' αριθμ πρωτ. 3391/7.6.2011 υπόμνημα της ΔΕΠΑ προς την ΕΑ, σελ. 10.

72. Βλ. και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-124316 αίτηση του ΔΕΣΦΑ για ακύρωση της υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφασης της ΡΑΕ σχετικά με την αποδέσμευση δυναμικότητας στο AdG, σελ. 108, όπου επιβεβαιώνεται ότι η ημερομηνία ενημέρωσης της ΔΕΠΑ στο ΔΕΣΦΑ για την εκφόρτωση LNG στη Ρεβυθούσα για λογαριασμό της ΔΕΠΑ ήταν 16.11.2009. Πιο συγκεκριμένα, αναφέρεται ότι: «Η ΔΕΠΑ, με το από 16.11.2009 ηλεκτρονικό μήνυμά της, που εστάλη στον ΔΕΣΦΑ πριν την έκδοση της υπ' αριθμ. 4225/2009 αποφάσεως της ΡΑΕ, είχε ήδη δηλώσει ότι πρόκειται να πραγματοποιήσει εκφορτώσεις δύο φορτίων υγροποιημένου Φυσικού Αερίου (στις 5.12.2009 και στις 24.12.2009) στον τερματικό σταθμό Ρεβυθούσας, χωρητικότητας 74.000 κυβικών μέτρων εκάστου.»

73. Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0073929/6.11.2009 επιστολή της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς το ΔΕΣΦΑ.

74. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, ο ισχυρισμός [...] ότι προηγείτο η δήλωση της ΔΕΠΑ στον ΔΕΣΦΑ έναντι εκείνης της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για την άφιξη του φορτίου, διαψεύδεται από το ίδιο το επισυναπτόμενο της κατάθεσης έγγραφο (βλ. την από 16.11.2009 ηλεκτρονική επιστολή).

75. Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 027290/9.11.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ.

62. Ειδικότερα, ο ΔΕΣΦΑ ανέφερε στην ανωτέρω επιστολή του, ότι βάσει του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου, η ανωτέρω Μεταφορική Ικανότητα Παραλαβής στο σημείο AdG ήταν δυνατό να αποδεσμευτεί πριν τη λήξη της προαναφερόμενης σύμβασης, μόνο με τη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ. Η έλλειψη «προς το παρόν» ελεύθερης δυναμικότητας στο ως άνω σημείο εξόδου μνημονευόταν και στην υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027349/10.11.2009 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Με αυτό τον τρόπο φαίνεται ο ΔΕΣΦΑ να παρότρυνε την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ για την αποδέσμευση της δυναμικότητας.

63. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ γνωστοποίησε στη ΔΕΠΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΠΑ 757757/12.11.2009 επιστολή της την πρόθεσή της να μην προμηθευτεί από αυτήν ΦΑ αέριο στο πλαίσιο της προαναφερόμενης από 9.5.2008 σχετικής σύμβασης προμήθειας ΦΑ, για το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 και ώρα 8.00 π.μ. έως 7.1.2010 και ώρα 8.00 π.μ. και την επιλογή της να προμηθευτεί, για αυτό το χρονικό διάστημα, φυσικό αέριο από τρίτο προμηθευτή, για το οποίο είχε ήδη εξασφαλίσει από τον ΔΕΣΦΑ τη δυνατότητα παραλαβής του στις εγκαταστάσεις της Ρεβυθούσας.

64. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ επισήμανε, επίσης, στη ΔΕΠΑ, πως «κατά τις ανωτέρω ημερομηνίες η ΔΕΠΑ δεν θα χρησιμοποιήσει τη δεσμευμένη υπέρ της Εταιρείας μας και για να ικανοποιούνται οι ανάγκες της εταιρείας μας μεταφορική ικανότητα στο Σημείο Εξόδου AdG». Ενόψει των ανωτέρω, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε από τη ΔΕΠΑ να γνωστοποιήσει στον ΔΕΣΦΑ, ότι για το ανωτέρω χρονικό διάστημα, κατά το οποίο δεν θα πραγματοποιηθεί μεταφορά φυσικού αερίου μέσω της ΔΕΠΑ για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς το Σημείο Εξόδου AdG και κατά το οποίο η ΔΕΠΑ δεν θα χρησιμοποιήσει τη μεταφορική ικανότητα που έχει δεσμεύσει για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είναι δικαιούχος της δεσμευμένης δυναμικότητας. Εναλλακτικά, να δηλώσει η ΔΕΠΑ προς τον ΔΕΣΦΑ τη σύμφωνη γνώμη της χρησιμοποιήσεως για το εν λόγω χρονικό διάστημα της δυναμικότητας στο συγκεκριμένο σημείο εξόδου από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ή τέλος, να προβεί σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να εκχωρηθεί νομίμως στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ η δεσμευμένη μεταφορική δυναμικότητα για αυτό το χρονικό διάστημα, σύμφωνα με τα παραπάνω.

65. Από τις υπ' αριθμ πρωτ. 682171/13.11.2009, 682252/18.11.2009 και 682364/23.11.2009 επιστολές της, προκύπτει ότι η ΔΕΠΑ απέρριψε το σχετικό αίτημα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, κατ' αρχήν θεωρώντας ότι κάτι τέτοιο δεν ήταν σύμφωνο με τη μεταξύ της ΔΕΠΑ και της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ υπογεγραμμένη σύμβαση, καθώς η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δεν είχε ως εκείνη τη στιγμή, αλλά και με βάση υπολογισμούς της ΔΕΠΑ, ως το τέλος του χρόνου δεν θα ήταν σε θέση να απορροφήσει την συμφωνημένη στη σύμβαση ελάχιστη ποσότητα ΦΑ [...][76].

66. Συνδέοντας δε το ζήτημα της δέσμευσης μεταφορικής ικανότητας με το διάφορο ζήτημα της υποχρέωσης της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ να παραλάβει συγκεκριμένη ποσότητα φυσικού αερίου από αυτήν, η ΔΕΠΑ ισχυρίστηκε ότι η τυχόν αποδέσμευση δυναμικότητας στο Σημείο AdG, θα είχε δυσμενείς οικονομικές συνέπειες για την ίδια, επειδή θα αναγκαζόταν να παραβιάσει δικές της συμβάσεις με προμηθευτές της.

67. Ο ισχυρισμός αυτός φαίνεται να επιβεβαιώνεται όσον αφορά τη ρήτρα take or pay της σύμβασης ΔΕΠΑ με τη [...][77]. Από την απάντηση της ΔΕΠΑ προς την Υπηρεσία τεκμηριώνεται ότι η ελάχιστη ετήσια συμφωνημένη ποσότητα που προβλεπόταν στη σύμβαση καλύφθηκε οριακά για το 2009 και πως αυτό δεν θα ήταν εφικτό στην περίπτωση που πραγματοποιούταν η εκφόρτωση του επίμαχου πλοίου για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, το οποίο θα δέσμευε τους αποθηκευτικούς χώρους στη Ρεβυθούσα για μεγάλο χρονικό διάστημα. Το στοιχείο αυτό καταδεικνύει ότι η ΔΕΠΑ είχε άμεσο όφελος από τη συμπεριφορά της θυγατρικής του εταιρίας ΔΕΣΦΑ να δημιουργήσει προσκόμματα και τελικά να αποτρέψει την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ από την παραλαβή φορτίου υγροποιημένου φυσικού αερίου (LNG) στη Ρεβυθούσα.

68. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0074396/16.11.2009 αναφορά της η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε από τον ΔΕΣΦΑ να αναλάβει τις υποχρεώσεις του, όπως απορρέουν από την κείμενη νομοθεσία, ήτοι, μεταξύ άλλων, (α) να κρίνει ότι η δέσμευση της μεταφορικής ικανότητας από τη ΔΕΠΑ στο Σημείο AdG δεν ισχύει για το επίμαχο χρονικό διάστημα, (β) να αποστείλει στη ΡΑΕ σχέδιο αιτιολογημένης απόφασης προς έγκριση για την αποδέσμευση της εν λόγω δυναμικότητας (ακολουθώντας τη διαδικασία που προβλεπόταν στο άρθρο 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005), (γ) να

76. Πιο συγκεκριμένα, η ΔΕΠΑ αναφέρει στην υπ' αριθμ πρωτ. 682252/18.11.2009 επιστολή της ότι «...η από 9-5-2008 Σύμβαση Πώλησης ΦΑ που έχει συνάψει η ΔΕΠΑ με την εταιρεία ΑΛΟΥΜΙΝΙΟ ΑΕ είναι: α) ορισμένου χρόνου, διάρκειας [...] και β) σταθερής και όχι διακοπτόμενης πώλησης (τροφοδότησης) της εταιρείας σας [...] η εταιρεία σας έχει παραλάβει εντός του πρώτου δεκαμήνου του τρέχοντος έτους ποσότητα [...] MWh και είναι πλέον σαφές ότι, ακόμα και με το μέγιστο δυνατό ρυθμό παραλαβών εκ μέρους σας κατά το τελευταίο 2μηνο, η εταιρεία σας δεν θα εκπληρώσει τις συμβατικές σας υποχρεώσεις, για το συγκεκριμένο έτος». Η στάση αυτή της ΔΕΠΑ αποδεικνύεται και ευθυγραμμίζεται με την άποψη [...], κατά την περίοδο που διαδραματίστηκαν τα υπό εξέταση γεγονότα βλ. σχετικό απόσπασμα της από 14.3.2011 κατάθεσης [...]: Ερώτηση: «Για ποιο λόγο, όταν ζητήθηκε στην εταιρεία σας, από την ΑτΕ, η αποδέσμευση δυναμικότητας στο σημείο AdG, αρνηθήκατε να συναινέσετε από τη στιγμή που ο ΔΕΣΦΑ υποστήριζε ότι με τη σύμφωνη γνώμη της εταιρείας σας θα ήταν δυνατό να πραγματοποιηθεί η αποδέσμευση;» Απάντηση: «Δεν συμφωνήσαμε στη μεταβίβαση της δυναμικότητας πρώτον γιατί υπήρχε η σύμβαση μεταξύ μας η οποία προέβλεπε μια minimum υποχρεωτική ποσότητα από μέρους τους (εκείνη την εποχή είχαν καλύψει το [...] της συμφωνηθείσας ετήσιας ποσότητας του 2009) και δεύτερον εμείς είχαμε ήδη δεσμεύσει τη δυναμικότητα του αγωγού στη ΔΕΣΦΑ και πληρώναμε γι' αυτό συν το γεγονός ότι ερχόταν το προγραμματισμένο δικό μας καράβι από την Αλγερία για τις 5 Δεκεμβρίου. Πάντα ειδικά από το 2006 και μετά που είχε αυξηθεί η αγορά υπήρχε προγραμματισμός κάλυψης ιδίως το χειμώνα λόγω αυξημένης ζήτησης. Άφιξη καραβιού σημαίνει ότι πρέπει να υπάρχει αποθηκευτικός χώρος στη Ρεβυθούσα. Ότι ο ΔΕΣΦΑ είχε ενημερωθεί είναι δεδομένο διότι ακολουθούνταν πάντα η ίδια τυπική διαδικασία. Δεν είναι απλά μια ενημέρωση είναι προαπαιτούμενο και με βάση τους διεθνείς κανόνες ασφαλείας (τι είδους καράβι θα έρθει κλπ.). Ως προς την ΑτΕ το θέμα να έρθει δικό τους αέριο, όπως είχε δικαίωμα κάθε επιλέγων πελάτης, για εμάς ετίθετο θέμα παραβίασης της συμβάσεως που είχαμε με την ΑτΕ. Η ΑτΕ δεν είχε πάρει τη minimum προβλεπόμενη ποσότητα. Από ότι θυμάμαι και στις συναντήσεις με τα στελέχη είχε τεθεί θέμα μετάθεσης της λήψης της ποσότητας αργότερα. Από ότι θυμάμαι συζητήθηκε το ζήτημα αποδέσμευσης της δυναμικότητας στο ΔΣ της ΔΕΠΑ 1-2 φορές και αποφασίστηκε ομοφώνως να προχωρήσουμε στις ενέργειες που γνωρίζετε. Το take or pay είναι διεθνής πρακτική. Σημαίνει ότι δεν παραλαμβάνω αέριο γιατί δεν μπορώ για λόγους ανωτέρας βίας, όχι ότι δεν θα πάρω επειδή βρήκα φθηνότερα. Διεθνώς τους κανόνες τους επιβάλλουν οι παραγωγοί προμηθευτές. Επίσης, είναι σημαντικό το ότι δεν υπήρχε Κώδικας αναφορικά με τη διαχείριση των εγκαταστάσεων LNG στη Ρεβυθούσα. Το σύστημα μεταφοράς και χρήσης το ορίζει η ΡΑΕ και ο ΔΕΣΦΑ δεν θα μπορούσε να κάνει κάτι σχετικά στην προκειμένη περίπτωση ελλείψει Κώδικα».

77. Διευκρινίζεται ότι οι ελάχιστες ετήσιες ποσότητες στη σύμβαση [...] ανέρχονται σε [...]

γνωστοποιήσει στη ΡΑΕ την ύπαρξη συμφόρησης και να λάβει μέτρα για τη διαχείρισή της, και (δ) να μεριμνήσει για τη σύναψη σύμβασης μεταφοράς.

69. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0074736/20.11.2009 επιστολή της η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ ζήτησε από τον ΔΕΣΦΑ, υπό την ιδιότητά του ως διαχειριστή του ΕΣΦΑ, να προβεί, έως την 23.11.2009, σε κατάρτιση σύμβασης υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου. Η ταχθείσα προθεσμία παρήλθε, όμως, άπρακτη[78].

70. Στην ανωτέρω επιστολή απάντησε ο ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 205/24.11.2009 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, επαναλαμβάνοντας, ότι ελλείψει Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, δεν υφίστανται οι όροι και οι τεχνικές λεπτομέρειες χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ, ούτε πρότυπη σύμβαση βάσει της οποίας θα μπορούσε να συναφθεί μεταξύ ΔΕΣΦΑ – ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ σύμβαση χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ. Αναφορικά δε με το αίτημα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ περί κίνησης της διαδικασίας του άρθρου 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, για την αποδέσμευση δυναμικότητας που έχει δεσμευθεί και δεν χρησιμοποιείται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (που δεν είχε ακόμα εκδοθεί), ανέφερε ότι δεν της παρείχετο ούτε από το νόμο ούτε από τη σύμβαση ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ τέτοιο δικαίωμα μονομερούς εκ μέρους της αποδέσμευσης δυναμικότητας και ότι κατά συνέπεια η δυνατότητα αποδέσμευσης δυναμικότητας θα υπήρχε μόνον κατόπιν συναίνεσης της ΔΕΠΑ[79].

71. Με την υπ' αριθμ. 4222/2009 απόφασή της με θέμα «Σύσταση ΡΑΕ προς το Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3 του Ν. 3428/2005»[80], η ΡΑΕ εξέδωσε σύσταση προς τον ΔΕΣΦΑ, με το ακόλουθο περιεχόμενο: «1. Σας καλούμε να εξετάσετε υπό το πρίσμα της ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας και ιδίως των διατάξεων αφενός του Κανονισμού ΕΚ/1775/2005 και αφετέρου του Ν. 3428/2005 το ενδεχόμενο εφαρμογής της διάταξης της παραγράφου 5 του άρθρου 12 του Ν. 3428/2005. 2. Σας υπενθυμίζουμε ότι θα πρέπει να παρέχετε σε όλους τους Χρήστες πρόσβαση στην εγκατάσταση Υγροποιημένου Φυσικού Αερίου (ΥΦΑ), υπό τους ίδιους όρους. 3. Σας υπενθυμίζουμε ότι υποχρεούστε να διαθέτετε στους Χρήστες την τεχνική δυναμικότητα του ΕΣΦΑ, με τον πλέον οικονομικό και διαφανή τρόπο, ώστε να διευκολύνεται η λειτουργία της αγοράς φυσικού αερίου και να προάγεται ο ανταγωνισμός σε αυτή».

72. Ακολούθως, ο ΔΕΣΦΑ έλαβε την υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφαση περί αποδέσμευσης της εν λόγω μεταφορικής ικανότητας, δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε. Με την απόφασή του αυτή ο ΔΕΣΦΑ αποδέχθηκε, ότι δεν απαιτούνταν η σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας, αντίθετα με όσα αρχικά διαλαμβανόταν στο υπ' αριθμ. πρωτ. 027290/9.11.2009 έγγραφό του. Η ανωτέρω απόφαση του ΔΕΣΦΑ εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφαση της ΡΑΕ[81], σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε[82].

73. Στην ανωτέρω απόφαση αντέδρασε η ΔΕΠΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101417/1.12.2009 επιστολή της προς τη ΡΑΕ, κοινοποιούμενη και στον ΔΕΣΦΑ. Με την εν λόγω επιστολή της η ΔΕΠΑ επεσήμανε, ότι δεν συμφωνεί με την αναφερόμενη στην υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 απόφαση του ΔΕΣΦΑ, αποδέσμευση της συμβατικά δεσμευμένης υπέρ της ιδίας δυναμικότητας στο Σημείο Εξόδου AdG. Προκειμένου δε να ασκήσει τα νόμιμα δικαιώματά της κατά παντός υπευθύνου, η ΔΕΠΑ ζήτησε από τη ΡΑΕ την κοινοποίηση της σχετικής αλληλογραφίας της τελευταίας με όλα τα εμπλεκόμενα μέρη[83].

74. Στη συνέχεια πάντως, και παρά την ανωτέρω αποδέσμευση δυναμικότητας, ο ΔΕΣΦΑ δεν προέβη στην κατάρτιση της σύμβασης μεταφοράς, με αποτέλεσμα να μην πραγματοποιηθεί η παραλαβή του ως άνω φορτίου. Κατόπιν τούτου, το πλοίο που μετέφερε το υγροποιημένο φυσικό αέριο απέπλευσε πριν τα μεσάνυχτα της Παρασκευής, 4.12.2009.

75. Εν συνεχεία, ο ΔΕΣΦΑ, με τα με αριθμ. πρωτ. 28056/7.12.2009 και 232/11.1.2010 έγγραφά του, υπέβαλε στη ΡΑΕ ερώτημα ζητώντας να διευκρινιστεί από τη ΡΑΕ ο τρόπος τιμολόγησης της (σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφαση της ΡΑΕ) αποδεσμευόμενης από τη ΔΕΠΑ και δεσμευόμενης υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δυναμικότητας. Δια του πρώτου ως άνω εγγράφου του ο ΔΕΣΦΑ επισήμαινε την έλλειψη τιμολογίου εποχιακού χρήστη, με το οποίο θα έπρεπε να χρεώνεται η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Σε σχέση με την επισήμανση αυτή, η ΡΑΕ απάντησε στον ΔΕΣΦΑ με το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ο-38948/4.1.2010 έγγραφό της, αιτιολογώντας την έλλειψη ειδικού τιμολογίου Εποχιακών Χρηστών ως εξής: «Έως σήμερα, δεν έχει γνωστοποιηθεί στη ΡΑΕ από το Διαχειριστή αίτημα Χρήστη ή άλλου ενδιαφερομένου για την έκδοση ειδικού τιμολογίου Εποχιακών Χρηστών, καθώς δεν υφίστανται Χρήστες οι οποίοι να εξυπηρετούν αποκλειστικά καταναλωτές με χαρακτηριστικά εποχικότητας απολήψεων». Με το ίδιο ως άνω έγγραφό της, η ΡΑΕ εξέθεσε, επίσης, τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται, σύμφωνα με την Υ.Α. 4955/2006 «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ», ώστε ένας Χρήστης να νοείται ως Εποχιακός Χρήστης και επεσήμανε ότι η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προφανώς δεν εμφανίζει εποχικό προφίλ.

76. Στις 9.12.2009, ο ΔΕΣΦΑ υπέβαλε στη ΡΑΕ προτεινόμενο σχέδιο πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005[84].

77. Την 10.12.2009 η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ υπέβαλε ενώπιον της ΡΑΕ την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-102370/10.12.2009 Καταγγελία της κατά του ΔΕΣΦΑ και της ΔΕΠΑ, για παραβάσεις του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου που διείπε,

---

78. Βλ. σχετικά και την από 23.11.2009 εξώδικη δήλωση – πρόσκληση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς το ΔΕΣΦΑ (αρ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101020/24.11.2009) - κοινοποιούμενη στη ΡΑΕ και στο Υπουργείο Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής, με παρόμοιο περιεχόμενο.

79. Βλ. και την από 24.11.2009 εξώδικη απάντηση του ΔΕΣΦΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με παρόμοιο περιεχόμενο.

80. Η οποία εκδόθηκε μετά την υποβολή ενώπιον της ΡΑΕ της σχετικής υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101022/24.11.2009 καταγγελίας – αναφοράς της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ

81. Η αίτηση ακύρωσης της εταιρίας ΔΕΣΦΑ κατά της εν λόγω απόφασης της ΡΑΕ απορρίφθηκε, βλ. ΔΕφΑθ 1806/2011.

82. Κατόπιν έκδοσης της υπ' αριθμ. πρωτ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένης απόφασης του ΔΕΣΦΑ, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ παραιτήθηκε με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101415/1.12.2009 επιστολή της προς τη ΡΑΕ από την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101022/24.11.2009 καταγγελία - αναφορά της.

83. Η ΡΑΕ, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Ο-38462/2.12.2009 επιστολή της, κοινοποίησε στη ΔΕΠΑ όλα τα αιτηθέντα σχετικά έγγραφα.

84. Με την υπ' αριθ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-102203/9.12.2009 επιστολή του προς τη ΡΑΕ.

κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, την αγορά φυσικού αερίου, επί της οποίας εκδόθηκε η διαβιβασθείσα στην ΕΑ υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ.

78. Παράλληλα, ο ΔΕΣΦΑ υπέβαλε στη ΡΑΕ το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105543/20.1.2010 έγγραφό του, περί μεταγενέστερης «ανάκλησης» της υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένης απόφασής του περί αποδέσμευσης της μεταφορικής ικανότητας στο Σημείο AdG για το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 έως 27.12.2009 και την παράλληλη απαλλαγή της ΔΕΠΑ από τις οικονομικές υποχρεώσεις που αντιστοιχούν στην αποδεσμευμένη δυναμικότητα.

79. Ακολούθησε ανταλλαγή επιστολών μεταξύ της ΡΑΕ και του ΔΕΣΦΑ για τη διερεύνηση και εξέταση των διαλαμβανομένων στο ως άνω υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105543/20.1.2010 έγγραφο του ΔΕΣΦΑ και τη χορήγηση σχετικών εγγράφων και στοιχείων από τον ΔΕΣΦΑ στη ΡΑΕ.

80. Ο ΔΕΣΦΑ, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 285/29.3.2010 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, απέρριψε νέο αίτημά της (από 23.3.2010) για πρόσβαση στην εγκατάσταση ΥΦΑ κατά την 24η Απριλίου 2010 με παρόμοια αιτιολογία, ότι,δηλαδή, η εξέταση του σχετικού αιτήματος θα ήταν δυνατή μετά τη δημοσίευση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που ορίζονται σε αυτόν, την έγκριση της Πρότυπης Σύμβασης Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ από τη ΡΑΕ και την κατά νόμο θέσπιση τιμολογίου για βραχυχρόνια χρήση του ΕΣΦΑ.

81. Τέλος, ο ΔΕΣΦΑ, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 293/8.4.2010 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, αρνήθηκε ξανά στην τελευταία το αίτημά της (από 6.4.2010) για εκφόρτωση ΥΦΑ κατά την 12η και 17η Μαΐου 2010, με την αιτιολογία ότι δεν είχε λάβει θεωρημένο αντίγραφο του ΦΕΚ στο οποίο δημοσιεύτηκε η υπουργική απόφαση υπ' αριθμ. Δ1/Α/5346 για τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (ΦΕΚ Β΄ 379/1.4.2010), καθώς και ότι εκκρεμούσε η έκδοση υπουργικής απόφασης και απόφασης της ΡΑΕ αναφορικά με την Πρότυπη Σύμβαση Μεταφοράς, την Πρότυπη Σύμβαση Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ, καθώς και με τον Κανονισμό Μετρήσεων και την Τροποποίηση της υπουργικής απόφασης 4955/2006 για την εισαγωγή τιμολογίου βραχυχρόνιας χρήσης του ΕΣΦΑ.

82. Ο ΔΕΣΦΑ τελικώς υπέγραψε με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ την υπ' αριθμ. [...] σύμβαση χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ στη νήσο Ρεβυθούσα (διάρκειας [...]), καθώς και την υπ' αριθμ. [...] σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου (διάρκειας [...]), μετά την έκδοση και δημοσίευση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ και των Προτύπων Συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου και Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ.

83. Με την από 25.6.2010 υπ' αρ. 1175/2010 απόφασή της, η ΡΑΕ καταδίκασε τον ΔΕΣΦΑ και του επέβαλε πρόστιμο 250.000€ για παράβαση των κανόνων περί πρόσβασης στο Δίκτυο ΕΣΦΑ και παρέπεμψε μέρος της καταγγελίας στην ΕΑ. Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση της ΡΑΕ, οι αιτιάσεις που χρησιμοποίησε ο ΔΕΣΦΑ για να δικαιολογήσει την συμπεριφορά του, κρίνονται ανεπαρκείς, καθώς:

83.1. Αναφορικά με το ζήτημα της έλλειψης κανονιστικού πλαισίου, η ΡΑΕ έκρινε ότι: «.... η επίκληση της έλλειψης των λεπτομερών διατάξεων του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ δεν θα μπορούσε να αποτελέσει λόγο για τη μη έκδοση απόφασης για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας με βάση το άρθρο 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, καθώς τόσο ο Κανονισμός 1775/2005/ΕΚ όσο και η Οδηγία 2003/55/ΕΚ επιβάλλουν τη διασφάλιση του καθεστώτος ελεύθερης πρόσβασης τρίτων στο ΕΣΦΑ, επί τη βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης των χρηστών, ρυθμίζουν δε ειδικώς τα σχετικά ζητήματα. Περαιτέρω, ο Κανονισμός 1775/2005/ΕΚ, που υιοθετήθηκε πριν το ν. 3428/2005 και που οι διατάξεις του αναπτύσσουν άμεση ισχύ από της εκδόσεώς τους, ήδη προέβλεπε τον κανόνα της ελεύθερης πρόσβασης στην αγορά φυσικού αερίου και στα δίκτυα μεταφοράς του στη βάση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης».

83.2. «... πρέπει να σημειωθεί ότι ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ περί ελλείψεως κανονιστικού πλαισίου και ιδίως του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ προεβλήθη όλως αντιφατικά, εφόσον ο ίδιος ο ΔΕΣΦΑ τελικώς εξέδωσε στη βάση του άρθρου 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005 την ως άνω υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας στο σημείο εξόδου «AdG». Στην απόφασή του αυτή, ο ΔΕΣΦΑ ρητά και με πλήρη αιτιολόγηση αποφάσισε τα εντελώς αντίθετα με τον υπό εξέταση ισχυρισμό του, χρησιμοποιώντας μάλιστα ως νομική θεμελίωση το Ν. 3428/2005, την Οδηγία 2003/55/ΕΚ και τον Κανονισμό ΕΚ 1775/2005».

83.3. Αναφορικά με το ζήτημα της έλλειψης τιμολογίου «εποχιακού χρήστη», η ΡΑΕ έκρινε ότι: «Συναφής είναι και η επίκληση από τον ΔΕΣΦΑ της έλλειψης τιμολογίου «Εποχιακών Χρηστών» του ΕΣΦΑ, στη βάση της οποίας (έλλειψης) ο ΔΕΣΦΑ προέβαλε το επιχείρημα ότι κατά το χρόνο υποβολής σε αυτόν του αιτήματος της καταγγέλλουσας εκκρεμούσε ακόμη και παρέμενε αδιευκρίνιστος από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ο τρόπος τιμολόγησης της αιτηθείσας από την καταγγέλλουσα απόληψης φυσικού αερίου από το ΕΣΦΑ. ... Σε σχέση με την υπό εξέταση περίπτωση, η ανωτέρω θεμελίωση του ΔΕΣΦΑ είναι όλως λανθασμένη και στερείται κάθε ουσιαστικής βασιμότητας. Διότι, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να συγχέεται η έννοια του «Εποχιακού Χρήστη» με χρήστη ο οποίος δεσμεύει διαθέσιμη δυναμικότητα για μία φορά σε βραχυχρόνια βάση, για την εξυπηρέτηση, κατά το αντίστοιχο χρονικό διάστημα, καταναλωτή ο οποίος δεν εμφανίζει εποχικό προφίλ κατανάλωσης. Στην τελευταία περίπτωση, συνεπώς, η τιμολόγηση των υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου πραγματοποιείται σύμφωνα τις οικείες διατάξεις της ως άνω υπουργικής απόφασης υπ' αριθμ. 4955/2006 «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ» (ΦΕΚ Β΄ 360/27.3.2006), κι όχι με τις διατάξεις τιμολογίου «Εποχιακών Χρηστών».

83.4. Αναφορικά με το ζήτημα της «συμβατικής συμφόρησης», η ΡΑΕ έκρινε ότι: «Εν προκειμένω, πρόκειται για μία κλασσική περίπτωση «συμβατικής συμφόρησης» («contractual congestion»), σύμφωνα και με τον ορισμό που παρέχεται στο άρθρο 2 του Κανονισμού 1775/2005/ΕΚ, δεδομένου ότι η ζήτηση για δέσμευση δυναμικότητας υπερβαίνει την τεχνικά διαθέσιμη δυναμικότητα του συγκεκριμένου σημείου εξόδου, ενώ ταυτόχρονα η συνολική τεχνικά διαθέσιμη δυναμικότητα είναι επαρκής για την ικανοποίηση της συνολικής ζήτησης φυσικού αερίου από το σημείο αυτό... Ειδικότερα, η προκύπτουσα συμφόρηση είναι αποτέλεσμα της δέσμευσης εκ μέρους ενός Χρήστη (ΔΕΠΑ)

δυναμικότητας τέτοιου μεγέθους που αποκλείει την ταυτόχρονη χρήση του σημείου εξόδου από άλλο Χρήστη..... Ο ΔΕΣΦΑ επικαλείται στο σημείο αυτό την έλλειψη του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, για την οποία έγινε ήδη λόγος παραπάνω, και τη συνακόλουθη αδυναμία του να γνωρίζει, κατά το χρόνο της υποβολής της αίτησης πρόσβασης στο δίκτυο, κατά πόσον η δεσμευμένη δυναμικότητα επρόκειτο να χρησιμοποιηθεί ή όχι..... Ωστόσο, το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να θεωρηθεί ως αντικειμενικός λόγος άρνησης πρόσβασης στο δίκτυο, δεδομένου ότι ο μόνος πελάτης/καταναλωτής φυσικού αερίου του οποίου η εγκατάσταση εξυπηρετείτο από το εν λόγω σημείο (σημείο εξόδου «AdG») είχε εγγράφως δηλώσει στο διαχειριστή ότι δεν επρόκειτο να παραλάβει από την ΔΕΠΑ φυσικό αέριο κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα... Προέκυπτε, λοιπόν, κατά τρόπο αντικειμενικό και αναμφισβήτητο ότι η δεσμευθείσα από τη ΔΕΠΑ δυναμικότητα θα παρέμενε πράγματι αχρησιμοποίητη... Εξάλλου, οι κατ' ελάχιστον υποχρεώσεις των διαχειριστών δικτύων μεταφοράς για τη διαχείριση της συμβατικής συμφόρησης προβλέπονται στον Κανονισμό 1775/2005 (πρβλ. παράγραφο 19 ανωτέρω, στην οποία επίσης αναφέρονται και υπογραμμίζονται οι εν λόγω κατ' ελάχιστον υποχρεώσεις: [...at least...], [...represent only minimum requirements...]), ο οποίος τυγχάνει ευθείας και αμέσου εφαρμογής στο εθνικό δίκαιο.... Εν όψει δε των ανωτέρω, ο ΔΕΣΦΑ, αφενός ήταν εν γνώσει της αχρησιμοποίητης δυναμικότητας στο σημείο εξόδου «AdG», αφετέρου μπορούσε με βάση το παραπάνω πλέγμα διατάξεων να αποδεσμεύσει την εν λόγω αιτηθείσα από την καταγγέλλουσα δυναμικότητα. Επιπλέον, η διερεύνηση του κατά πόσον η ΔΕΠΑ ήθελε να διαθέσει στη δευτερογενή αγορά την εν λόγω δυναμικότητα ήταν άνευ αντικειμένου, καθόσον ο ίδιος ο επιλέγων πελάτης είχε ήδη δηλώσει ότι έχει επιλέξει άλλον προμηθευτή...».

83.5. Αναφορικά με το ζήτημα της αναγκαιότητας της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της ΔΕΠΑ προκειμένου να εκδοθεί απόφαση περί αποδέσμευσης δυναμικότητας στο σημείο εξόδου AdG, η ΡΑΕ έκρινε ότι: «...ο ΔΕΣΦΑ όλως αβάσιμα ισχυρίσθηκε αρχικώς ότι για την έκδοση απόφασης περί αποδέσμευσης δυναμικότητας στο σημείο εξόδου «AdG» απαιτείτο η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ, για το λόγο ότι η ΔΕΠΑ είχε ήδη δεσμεύσει στο σημείο αυτό το 80% της μέγιστης μεταφορικής ικανότητας παραλαβής φυσικού αερίου. Η πρόσβαση χρηστών και πελατών στο δίκτυο, την οποία εν προκειμένω εξυπηρετεί η αποδέσμευση δυναμικότητας που δεν πρόκειται να χρησιμοποιηθεί, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τελεί υπό την αίρεση ή προϋπόθεση της έγκρισης της εν λόγω αποδέσμευσης από τρίτο-προμηθευτή... Παράλληλα, αποτελεί θεμελιώδες δικαίωμα των χρηστών και αντίστοιχη υποχρέωση του ΔΕΣΦΑ, η άμεση, ισότιμη, αμερόληπτη και διαφανής πρόσβασή τους στο δίκτυο...».

84. Σύμφωνα με τα παραπάνω, διαπιστώνονται συνοπτικά και συμπερασματικά τα εξής όσον αφορά το ΔΕΣΦΑ, τα οποία επί το πλείστον συνομολογεί, ως πραγματικά περιστατικά η καταγγελλομένη, και διαφώνησε πρωτίστως μόνο για τη νομική τους αξιολόγηση:

- Κατέχει το μονοπώλιο στην πρωτογενή αγορά πρόσβασης στο ΕΣΦΑ, καθώς αποτελεί τον διαχειριστή του[85].
- Κωλυσιέργησε σημαντικά στην αποδέσμευση, υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, της δεσμευμένης (από την ΔΕΠΑ) μεταφορικής δυναμικότητας στο σημείο εξόδου «AdG», καθώς αρχικά (ο ΔΕΣΦΑ) υποστήριξε ότι είναι απαραίτητη η συναίνεση της ΔΕΠΑ για την αποδέσμευση αυτή.
- Στη συνέχεια, και ενώ προηγήθηκε έγκριση της αιτιολογημένης απόφασής του από τη ΡΑΕ για αποδέσμευση της μεταφορικής δυναμικότητας, παρέλειψε να προβεί (ο ΔΕΣΦΑ) στην άμεση υπογραφή των απαραίτητων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να εκπνεύσει η προθεσμία εκφόρτωσης στη Ρεβυθούσα ενός σημαντικού φορτίου LNG για την ανταγωνίστρια της μητρικής της (ΔΕΠΑ) εταιρίας, ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.
- Με την κωλυσιεργία στην αποδέσμευση δυναμικότητας υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ και τη μη πραγματοποίηση των απαραίτητων ενεργειών για την εξασφάλιση της εκφόρτωσης του LNG στη Ρεβυθούσα για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ως όφειλε ως Διαχειριστής του δικτύου, ο ΔΕΣΦΑ αρνήθηκε πρόσβαση υπό εύλογους όρους, σε μια ανταγωνίστρια της μητρικής της (στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ), σε μια «ουσιώδη ευκολία» (essential facility)[86].
- Από την έρευνα της Υπηρεσίας διαπιστώθηκαν ενδείξεις ότι η κωλυσιεργία του ΔΕΣΦΑ στην αποδέσμευση της δυναμικότητας υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, στην ουσία ωφέλησε την ΔΕΠΑ (στον όμιλο της οποίας ανήκει και ο ΔΕΣΦΑ), καθώς και ότι ο ΔΕΣΦΑ είχε επανειλημμένα ενημερωθεί για την αντίθεση της ΔΕΠΑ στην παροχή πρόσβασης στο δίκτυο στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Ωστόσο, δεν στοιχειοθετείται επαρκώς ύπαρξη τυχόν εναρμονισμένης πρακτικής ή συμφωνίας των δυο εταιριών.

VIII. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

VIII. 1. Εφαρμοστέες διατάξεις

Α. Ζητήματα διαχρονικού δικαίου: η εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 703/1977 στην παρούσα υπόθεση

85. Με την έναρξη ισχύος του Ν. 3959/2011 για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού την 20.4.2011 καταργήθηκε ο Ν. 703/77 (Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού)[87]. Βάσει των αρχών που διέπουν τη διαχρονική εφαρμογή του δικαίου, καθώς και των αρχών της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο επελεύσεως των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις. Έτσι, κάθε συμπεριφορά η οποία έλαβε χώρα μέχρι την 20.4.2011 (ημερομηνία κατάργησης του Ν. 703/1977 και θέσης σε ισχύ του Ν. 3959/2011) και η οποία πιθανολογείται ότι πληροί την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση της προβλεπόμενης στα άρθρα 1 και 2 του Ν. 703/1977 παράβασης, αξιολογείται βάσει των προαναφερόμενων άρθρων.

---

85. Βλ. σχετικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 3, 6.

86. Ως προς την παραδοχή ότι το ΕΣΦΑ αποτελεί ουσιώδης ευκολία για τους χρήστες του συστήματος, βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 8.

87. Βλ. άρθ. 51 Ν. 3959/2011.

86. Συνεπώς, στα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υπόθεσης, τα οποία εκτιμάται ότι εμπίπτουν στο ratione materiae και ratione temporis πεδίο εφαρμογής των άρθρων 1 και 2 του Ν. 703/1977 εφαρμόζονται οι ουσιαστικού δικαίου κανόνες των εν λόγω άρθρων[88]. Ωστόσο, τυχόν διαρκείς παραβάσεις, οι οποίες αν και ξεκίνησαν να λαμβάνουν χώρα νωρίτερα, συνεχίστηκαν να τελούνται και μετά το χρονικό σημείο έναρξης ισχύος του Ν. 3959/2011, αξιολογούνται υπό τις νέες διατάξεις του Νόμου.

87. Σε κάθε περίπτωση, υπενθυμίζεται ότι τα άρθρα 1 και 2 του Ν. 703/77 είναι αντίστοιχα (και σχεδόν πανομοιότυπα) με τα άρθρα 1 και 2 του Ν. 3959/2011 και η αξιολόγηση των καταγγελλομένων συμπεριφορών δε θα διαφοροποιούνταν με την εφαρμογή των παλαιότερων ή των νεότερων διατάξεων.

Β. Επηρεασμός του διακοινοτικού εμπορίου και δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στην υπό εξέταση συμπεριφορά.

88. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003, οσάκις οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 81 παρ. 1 της Συνθήκης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων), οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εφαρμόζουν επίσης το άρθρο 101 ΣΛΕΕ στις εν λόγω συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές[89]. Περαιτέρω, όταν οι αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια των κρατών μελών εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε καταχρηστική πρακτική που απαγορεύεται από το άρθρο 102 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 82 της Συνθήκης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων), οφείλουν να εφαρμόζουν επίσης το άρθρο αυτό[90]. Συνεπώς, το άρθρο 3 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003 υποχρεώνει τις αρχές ανταγωνισμού να εφαρμόζουν τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ όταν εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία περί ανταγωνισμού σε συμφωνίες και καταχρηστικές πρακτικές που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, κι έτσι το κριτήριο του επηρεασμού του διακοινοτικού εμπορίου προσδιορίζει το πεδίο εφαρμογής του προαναφερόμενου άρθρου 3 του ως άνω Κανονισμού.

89. Το κριτήριο του επηρεασμού του διακοινοτικού εμπορίου είναι αυτόνομο κριτήριο της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, το οποίο εκτιμάται ad hoc και πληρούται όταν η υπό εξέταση κάθε φορά συμπεριφορά δύναται να έχει ένα ελάχιστο επίπεδο διασυνοριακών επιπτώσεων στο εσωτερικό της Ένωσης[91]. Κατά πάγια νομολογία, για να μπορεί μια απόφαση, συμφωνία ή πρακτική να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, πρέπει, βάσει ενός συνόλου νομικών και πραγματικών στοιχείων, να μπορεί να πιθανολογηθεί επαρκώς ότι μπορεί να ασκήσει άμεση ή έμμεση, πραγματική ή δυνητική επίδραση στα εμπορικά ρεύματα μεταξύ κρατών μελών, τούτο δε κατά τρόπο που να προκαλείται φόβος ότι θα μπορούσε να εμποδίσει την πραγματοποίηση ενιαίας αγοράς μεταξύ κρατών μελών[92].

90. Ειδικά για την περίπτωση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, οι Κατευθυντήριες γραμμές προβλέπουν ότι «η κατάχρηση είναι εκείνη που πρέπει να επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, χωρίς όμως αυτό να συνεπάγεται ότι πρέπει να εκτιμάται μεμονωμένα κάθε στοιχείο της συμπεριφοράς αυτής. Πράγματι, μια συμπεριφορά που εντάσσεται στη γενικότερη στρατηγική της δεσπόζουσας επιχείρησης πρέπει να εκτιμάται ως προς το συνολικό της αποτέλεσμα. Εάν, κατά την επιδίωξη του ίδιου σκοπού, η δεσπόζουσα επιχείρηση υιοθετεί διάφορες πρακτικές, όπως ιδίως πρακτικές που αποσκοπούν στον παραγκωνισμό ή τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών, το άρθρο 82 εφαρμόζεται σε όλες τις πρακτικές που εντάσσονται στη γενική αυτή στρατηγική εάν μία τουλάχιστον από τις εν λόγω πρακτικές είναι ικανή να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών»[93].

91. Η έννοια της επίδρασης στα εμπορικά ρεύματα δεν προϋποθέτει μόνο τον περιορισμό ή τη μείωση του εμπορίου, αλλά οποιαδήποτε διαφοροποίηση των εμπορικών ρευμάτων, αρκεί αυτή να είναι αισθητή[94]. Κατά συνέπεια, και στην περίπτωση συμφωνιών ή πρακτικών που καλύπτουν το έδαφος ενός μόνο κράτους μέλους θεμελιώνεται επίδραση στο εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, αρκεί να υπάρχει δυνατότητα αισθητής μεταβολής των εμπορικών ρευμάτων μεταξύ κρατών μελών. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, οι περιοριστικές του ανταγωνισμού πρακτικές που καλύπτουν ολόκληρο το έδαφος ενός εκ των κρατών μελών, ζωτικό, δηλαδή, τμήμα της κοινής αγοράς, έχουν εξ ορισμού ως αποτέλεσμα την παρακώλυση της οικονομικής αλληλοδιεισδύσεως που επιδιώκεται με τη Συνθήκη[95].

92. Ακόμα, όμως, και όταν η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης καλύπτει μέρος μόνο κράτους μέλους, το διακοινοτικό εμπόριο δύναται να επηρεαστεί εφόσον η υποδομή (π.χ. εδώ η εγκατάσταση της Ρεβυθούσας) χρησιμοποιείται

---

88. Σε αυτό το συμπέρασμα φαίνεται να καταλήγει και ο ΔΕΣΦΑ, βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 5.

89. «Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης», ΕΕ 2003 L 1/1, βλ. και Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης», ΕΕ C 2004 101/81 παρ. 9.

90. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π. παρ. 9.

91. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π. παρ. 13.

92. Βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «ΔΕΕ») Υπόθ. C-209/78 Van Landewyck κατά Επιτροπής, Συλλ. 1980, σελ. 3125, σκ. 170, και Υπόθ. C-219/95P Ferriere Nord κατά Επιτροπής, Συλλ. 1997, σελ. I-4411, σκ. 20.

93. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π., παρ. 17, Απόφαση ΔΕΕ, υπόθ. C-85/76 Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979, σελ. 461, σκ. 126.

94. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π., παρ. 34 και 77.

95. Βλ. ενδεικτικά Αποφάσεις ΔΕΕ, Υπόθ. 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren κατά Επιτροπής, Συλλ. 1972-1973, σελ. 221, σκ. 29, Υπόθ. 126/80 Maria Salonia κατά Giorgio Poidomani και Franca Baglieri, Συλλ. 1981, σελ. 1563, Υπόθ. 42/84 Remia και λοιποί κατά Επιτροπής, Συλλ. 1985, σελ. 2545, σκ. 22, Υπόθ. C-35/96 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1998, σελ. I-3851, σκ. 48, Υπόθ. C-309/99 Wouters και λοιποί, Συλλ. 2002, σελ. I-1577, σκ. 95 και απόφαση υπ' αρ. 277/IV/2005 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, (ΣΕΣΜΕ), η οποία επικυρώθηκε από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθμ. 1001/2006 απόφασή του (ΣΕΣΜΕ). Βλ. επίσης Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π., παρ. 86-88.

έστω σε κάποιο βαθμό για την παροχή διασυνοριακών υπηρεσιών (και από ή προς τρίτες χώρες)[96] και το μέγεθος της σχετικής αγοράς είναι σημαντικό από πλευράς όγκου[97], όπως στην παρούσα υπόθεση.

93. Με βάση τις ανωτέρω επισημάνσεις διαπιστώνεται ότι: η συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ επηρεάζει τη λειτουργία ολόκληρης της αγοράς φυσικού αερίου, καθώς αποτελεί τον κύριο και διαχειριστή του δικτύου του ΕΣΦΑ, ο οποίος έχει εκ του νόμου θεμελιώδη υποχρέωση και αρμοδιότητα την εξασφάλιση της αποτελεσματικής και χωρίς διακρίσεις χρήσης του ΕΣΦΑ από το σύνολο των χρηστών αυτού[98]. Συνεπώς η συμπεριφορά του δύναται να επηρεάσει το διασυνοριακό εμπόριο, ανεξαρτήτως αν είχε πραγματική επίπτωση στις διασυνοριακές ροές αγαθών και υπηρεσιών[99].

94. Εξάλλου, η επιρροή στο διασυνοριακό εμπόριο και ακολούθως η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου ανταγωνισμού γίνεται ακόμη πιο προφανής, επειδή η λειτουργία των εξεταζόμενων αγορών που αφορούν το φυσικό αέριο ρυθμίζεται λεπτομερώς από το ενωσιακό δίκαιο, ενώ παράλληλα η δημιουργία μίας απελευθερωμένης εσωτερικής αγοράς φυσικού αερίου στην ΕΕ αποτελεί προτεραιότητα της Ένωσης. Συνεπώς, θα ήταν παράδοξο η συμπεριφορά δεσποζουσών επιχειρήσεων που επηρεάζουν την αγορά φυσικού αερίου σε ένα κράτος μέλος να μην επισύρει την εφαρμογή των ενωσιακών κανόνων περί ανταγωνισμού, όταν οι κανόνες αυτοί και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τα Δικαστήρια έχουν επανειλημμένα εξετάσει τις εθνικές αγορές φυσικού αερίου - και ειδικά τη συμπεριφορά των πρώην προστατευόμενων μονοπωλίων σε αυτές - προς την κατεύθυνση εξασφάλισης των διασυνοριακών ροών[100].

95. Επισημαίνεται, τέλος, ότι το γεγονός ότι οι εξεταζόμενες συμπεριφορές έλαβαν χώρα, μεταξύ άλλων, και σε συγκεκριμένο σημείο, έστω μέρος μόνο του ΕΣΦΑ, το Σημείο Εξόδου AdG, και την εγκατάσταση της Ρεβυθούσας, δεν αναιρεί την αξιολόγηση περί επιρροής των εξεταζόμενων συμπεριφορών στο διασυνοριακό εμπόριο, ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης καλύπτει μέρος μόνο κράτους μέλους, για τους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω.

Από τα ανωτέρω αποδεικνύεται, ότι η συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ μπορούσε να επηρεάσει αισθητά το διακοινοτικό εμπόριο και, εντεύθεν, τα υπό εν λόγω πραγματικά περιστατικά[101] εμπίπτουν στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

Γ. Ο ΔΕΣΦΑ ως επιχείρηση και η υπαγωγή του στους κανόνες ανταγωνισμού

96. Για τους σκοπούς του άρθρου 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ, ως «επιχείρηση» νοείται κάθε φυσικό πρόσωπο ή οικονομική ενότητα που ασκεί εμπορική ή άλλη οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του, την επιδίωξη κέρδους και από τον τρόπο χρηματοδότησής του[102]. Η έννοια της «επιχείρησης» είναι περισσότερο οικονομική παρά νομική, συνεπώς το αποφασιστικό κριτήριο της έννοιας αυτής στο δίκαιο της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού είναι η οικονομική και όχι η νομική της αυτοτέλεια.

97. Εξάλλου, ο δημόσιος ή ιδιωτικός χαρακτήρας μίας επιχείρησης, η επιδίωξη κέρδους από αυτήν ή ο τρόπος χρηματοδότησής της δεν αποτελούν στοιχεία προσδιοριστικά της έννοιας της επιχείρησης. Αυτό προκύπτει και από τη διάταξη του άρθρου 106 ΣΛΕΕ, η οποία αναφέρεται ευθέως στις δημόσιες επιχειρήσεις και τις περιλαμβάνει ρητά στις ρυθμίσεις για τον ανταγωνισμό. Επιπρόσθετα, επισημαίνεται ότι οι διατάξεις του Ν. 703/1977 εφαρμόζονται και σε εταιρίες οι οποίες λειτουργούν (και) για χάρη του δημοσίου συμφέροντος και είναι επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας[103].

98. Με βάση τα ανωτέρω, η εταιρία ΔΕΣΦΑ αποτελεί επιχείρηση κατά την έννοια των άρθρων 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ[104].

99. Περαιτέρω, είναι σαφές ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής των εθνικών κανόνων ανταγωνισμού του Ν. 703/1977 βάσει του άρθρου 6 παρ. 1 του εν λόγω νόμου, όπως ίσχυε. Συγκεκριμένα, ουδέποτε εξεδόθη κοινή υπουργική απόφαση κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 6 του Ν. 703/1977 με την οποία να εξαιρούνται της εφαρμογής του νόμου οι εν λόγω εταιρίες και, συνεπώς, η παροχή υπηρεσιών φυσικού αερίου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού.

---

96. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π., παρ. 100 επ.

97. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π., παρ. 98.

98. Αναλυτικά άρθρ. 7 - 8 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε.

99. Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, όπ.π. παρ. 47.

100. Βλ. ενδεικτικά την Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 11.10.2007 COMP/37966 Distrigaz ΕΕ 2008 C 9/05 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37966/37966_639_1.pdf >, την Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 3.12.2009, COMP/39316 Gas de France ΕΕ 2010 C 57/09 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39316/39316_2298_1.pdf >, την Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 17.3.2010 COMP/39386 EDF, ΕΕ 2010 C 133/05 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39386/39386_1536_3.pdf >, την Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 4.5.2010 COMP/39317 E.ON Gas ΕΕ 2010 C 278/06 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39317/39317_1942_3.pdf >, και την Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 29.09.2010 COMP/39315 - ENI ΕΕ 2010 C 352/10 (περίληψη), το πλήρες κείμενο της οποίας είναι διαθέσιμο στα αγγλικά: < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf>.

101. Σε αυτό το συμπέρασμα φαίνεται να καταλήγει και ο ΔΕΣΦΑ βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 5.

102. Αποφάσεις ΔΕΕ Υποθ. C-55/96, Job Centre coop. arl, Συλλ. 1997, σελ. I-7119 σκ. 21, C-180-184/98, Pavlov κλπ, Συλλ. 2001, σελ. I-6451, σκ. 74 και C-41/90, Hoefner και Elser, Συλλ. 2000, σελ. I-6451, σκ. 21

103. Βλ. ΕΑ 398/V/2008 παρ. 7.1 (ΔΕΗ/Επιλέγοντες Πελάτες στην Υψηλή Τάση).

104. Κατά παραδοχή και του ΔΕΣΦΑ, βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 5: «Θα αποδεχθούμε το σκεπτικό της Εισήγησης της ΕΑ σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής του ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ στις υπό εξέταση καταγγελίες και τη μη-εξαίρεση του ΔΕΣΦΑ από το πεδίο εφαρμογής αυτών των νόμων (σελ. 66-71), όπως και σχετικά με τον ορισμό του ΔΕΣΦΑ (και της ΔΕΠΑ) ως «επιχείρησης» για τους σκοπούς εφαρμογής των ανωτέρω νόμων (71-72), αν και ο ΔΕΣΦΑ επιφορτίζεται και με τον ρόλο του διαχειριστή του συστήματος ΦΑ της χώρας, με επιπρόσθετες υποχρεώσεις, όπως ορίζονται από το ρυθμιστικό πλαίσιο από αυτές που έχει ως «επιχείρηση» με δεσπόζουσα θέση βάσει των ανωτέρω νόμων».

100. Όσον αφορά δε ειδικότερα το άρθρο 106 παρ. 2 ΣΛΕΕ (πρώην άρθ. 86 παρ. 2 Συνθ.ΕΚ)[105], γίνεται δεκτό ότι το άρθρο αυτό επιτρέπει, υπό ορισμένες περιστάσεις, παρέκκλιση από τους κανόνες της Συνθήκης. Ωστόσο, η ρύθμιση αυτή ερμηνεύεται στενά [106], και η εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού μπορεί να αποκλεισθεί μόνον κατά το μέτρο που «εμποδίζει» την εκπλήρωση των ανατεθέντων στην επιχείρηση καθηκόντων, ενώ δεν αρκεί μία τέτοια εκπλήρωση να έχει απλώς ενοχληθεί ή καταστεί δυσκολότερη[107]. Επιπλέον, εναπόκειται στην επιχείρηση να αποδείξει την ενδεχόμενη αποτυχία της αποστολής της και μόνον εφόσον έχει καταδειχθεί η συνδρομή των σχετικών προϋποθέσεων[108].

101. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι ο ΔΕΣΦΑ αποτελεί επιχείρηση επιφορτισμένη με τη διαχείριση υπηρεσίας γενικού οικονομικού συμφέροντος ή που έχει χαρακτήρα δημοσιονομικού μονοπωλίου[109] ούτε και ο ίδιος το έχει επικαλεστεί. Ωστόσο, ακόμη κι αν γινόταν δεκτό ότι η παροχή υπηρεσιών φυσικού αερίου από τον ΔΕΣΦΑ[110] άπτεται κάποιου γενικού οικονομικού συμφέροντος που εμφανίζει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά γνωρίσματα τα οποία τη διακρίνουν από άλλες δραστηριότητες της οικονομικής ζωής, δεν προκύπτει ότι η εφαρμογή των κανόνων της Συνθήκης, και ειδικότερα των κανόνων περί ανταγωνισμού, θα μπορούσε να εμποδίσει την εκπλήρωση μιας τέτοιας αποστολής[111], ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι, τόσο η ενωσιακή όσο και η εθνική νομοθεσία αποβλέπουν στην επίτευξη ενός επιπέδου αποτελεσματικού ανταγωνισμού στις αγορές φυσικού αερίου[112].

102. Τέλος, δεν υπάρχει αμφιβολία όσον αφορά το γεγονός ότι οι επιχειρήσεις που εμπίπτουν σε ένα ρυθμιστικό πλαίσιο εμπίπτουν παράλληλα και στις διατάξεις του δικαίου του ανταγωνισμού[113]. Ειδικότερα δε, οι κανόνες ανταγωνισμού και η ειδική τομεακή ενεργειακή νομοθεσία αποτελούν συνεκτική σειρά μέτρων που εξασφαλίζουν απελευθερωμένο και ανταγωνιστικό περιβάλλον για τις αγορές στην Ευρωπαϊκή Ένωση, εφαρμοζόμενοι παράλληλα[114]. Προς επίρρωση των ανωτέρω και αντίκρουση των όσων υποστήριξε ο ΔΕΣΦΑ[115], αναφορικά ειδικά με τη μη εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού σε περίπτωση διαχειριστών δικτύων φυσικού αερίου οι οποίοι δεν πωλούν οι ίδιοι φυσικό αέριο, σημειώνεται, ότι στις περιπτώσεις βασικών διευκολύνσεων με χαρακτηριστικά συμφόρησης («bottleneck»), όπως το ΕΣΦΑ και τα επιμέρους σημεία εξόδου αυτού, ναι μεν είναι σύνηθες να προβλέπεται ειδικό ρυθμιστικό καθεστώς το οποίο να διέπει την πρόσβαση στις εν λόγω διευκολύνσεις, εντούτοις, η συμπεριφορά των δεσποζουσών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στις εν λόγω «πάνω» αγορές, προφανώς και εξετάζεται και υπό το πρίσμα των διατάξεων περί απαγόρευσης κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης[116].

105. «Οι επιχειρήσεις που είναι επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος ή που έχουν χαρακτήρα δημοσιονομικού μονοπωλίου υπόκεινται στους κανόνες των Συνθηκών, ιδίως στους κανόνες ανταγωνισμού, κατά το μέτρο που η εφαρμογή των κανόνων αυτών δεν εμποδίζει νομικά ή πραγματικά την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί. Η ανάπτυξη των συναλλαγών δεν πρέπει να επηρεάζεται σε βαθμό ο οποίος θα αντέκειτο προς το συμφέρον της Ένωσης».

106. Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. C-127/73, BRT C-127/73 BRT κατά SABAM, Συλλ. 1974, σελ. 313, σκ. 19, ομοίως και Απόφαση ΓΔ Υποθ. T-260/94 Air Inter, Συλλ. 1997, σελ. II-00997, σκ. 135.

107. Απόφαση ΓΔ Υποθ. T-260/94 όπ.π., σκ. 138.

108. Αποφάσεις ΓΔ Υποθ. T-155/73, Sacchi, Συλλ. 1974, σελ. 409 σκ. 15 και T-260/94 Air Inter όπ.π. σκ. 138 και Αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 10.12.1982 στην Υποθ. [1982] L360/36 British Telecommunications, [1983], 457, σκ. 33 και της 5.03.2008 στην Υποθ. COMP/38700 ΔΕΗ ΑΕ/Λιγνίτες, σκ. 239, όπου αναμένεται η απόφαση του Πρωτοδικείου (Υποθ. T-169/08).

109. Επί της εφαρμογής του αρ. 106 παρ. 2 ΣΛΕΕ ειδικά στον κλάδο της ενέργειας βλ. Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. C-17/03 Vereniging voor Energie, Συλλ. 2005, σελ. I-4983, όπου το ΔΕΕ απέφυγε να εξετάσει επί της ουσίας το (τότε) αρ. 86 παρ.2 ΣΕΚ, πλην όμως υποστηρίζεται ότι αν το είχε πράξει μάλλον δε θα είχε τύχει εφαρμογής επί τη βάσει ότι η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης προϋποθέτει αντικειμενική δικαιολόγηση της παρέκκλισης βλ. αναλυτικά Χ. Συνοδινός, Εφαρμογή των διατάξεων ανταγωνισμού στον κλάδο ενέργειας, Ενέργεια και Δίκαιο 10/2008 σελ. 26, με περαιτέρω παραπομπή σε Σχόλια επί της C-17/03 της Κ. Ηλιάδου Ενέργεια και Δίκαιο 5/2006, 104 επ., ειδικά 112 επ.

110. Σύμφωνα με το άρθρο 1 Π.Δ. 33/2007 («Σύσταση της Ανώνυμης Εταιρίας με την επωνυμία "Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε" και έγκριση του καταστατικού της»), «...οι δραστηριότητες της εταιρίας... είναι κοινής ωφελείας και τελούν υπό την εποπτεία του Κράτους...», το δε άρθρο 3 παρ. 2(ιη) του Π.Δ. προβλέπει ότι ο ΔΕΣΦΑ «...εκπληρώνει τις υποχρεώσεις παροχής υπηρεσιών κοινής ωφελείας που του ανατίθενται χάριν του γενικού οικονομικού συμφέροντος, όπως οι υπηρεσίες ασφάλειας, συμπεριλαμβανομένης της ασφάλειας του εφοδιασμού, τακτικής παροχής, ποιότητας και τιμών παροχής, προστασίας του περιβάλλοντος, συμπεριλαμβανομένης της προστασίας του κλίματος και της ενεργειακής αποδοτικότητας...».

111. Βλ. απόφαση ΕΑ 389/V/2008 (σημείο 7.1.), σχετικά με την τροποποίηση από τη ΔΕΗ των όρων των συμβάσεων προμήθειας μεταξύ της εταιρείας και των επιλεγόντων πελατών της στην υψηλή τάση, όπου αναφέρεται ότι «...Επιπρόσθετα, επισημαίνεται ότι οι διατάξεις του ν. 703/77 εφαρμόζονται και σε εταιρίες, οι οποίες, όπως και η συγκεκριμένη, λειτουργούν για χάρη του δημοσίου συμφέροντος και είναι επιχειρήσεις κοινής ωφελείας».

112. Βλ. και σκ. 21 προοιμίου του Κανονισμού 1775/2005/ΕΚ (ΕΕ L 289/3.11.2005): «Ο παρών κανονισμός και οι κατευθυντήριες οδηγίες που θεσπίζονται σύμφωνα με αυτόν, ισχύουν με την επιφύλαξη της εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί ανταγωνισμού.» Βλ. επίσης προοίμιο, καθώς και άρθρο 3 της Οδηγίας 2003/55/ΕΚ (ΕΕ L 176).

113. Βλ. χαρακτηριστικά την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 29ης Μαρτίου 2012, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, T-398/07, σκ. 50.

114. Βλ. την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 29ης Μαρτίου 2012, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, T-398/07, σκ. 50, η οποία αναφέρεται στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επαναλαμβάνοντας ότι: «ελλείψει ρητής παρεκκλίσεως συναφώς, το δίκαιο του ανταγωνισμού έχει εφαρμογή στους ρυθμιζόμενους τομείς». Βλ. και τις εκεί παραπομπές σε Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 16ης Δεκεμβρίου 1975, 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73, Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλ. 1975, σελ. 513, σκ. 65-72, και της 11ης Απριλίου 1989, 66/86, Saeed Flugreisen και Silver Line Reiseburo, Συλλ. 1989, σελ. 803. Βλ. ενδεικτικά και αποφάσεις της ΕΕΤΤ με τις οποίες ο ΟΤΕ, ως διαχειριστής του δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, έχει υποστεί βαρύτατες χρηματικές κυρώσεις στη βάση, σωρευτικά, τόσο του ειδικού δικαίου των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όσο και των γενικών κανόνων του ανταγωνισμού: 264/151/2002, 281/65Β/2003, 447/01/2007. Μάλιστα, η σώρευση αυτή έχει επιβεβαιωθεί από το Διοικητικό Εφετείο της Αθήνας και το Συμβούλιο της Επικρατείας, βλ. ενδεικτικά, ΣτΕ 2475/2011 και ΔΕφΑΘ 560/2010.

115. Βλ. υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ (σελ. 11 επ.). Βλ. και Γνωμοδότηση [...] που το συνοδεύει (σελ. 12).

116. Βλ. και COMP/39.402 - RWE Gas Foreclosure, όπου η άρνηση πρόσβασης μέσω της δέσμευσης δυναμικότητας σε δίκτυο φυσικού αερίου εξετάστηκε υπό το πρίσμα του άρθρου 82 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Κοινότητα (νυν 102 της ΣΛΕΕ).

VIII.2. Αξιολόγηση της συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ σύμφωνα με τα άρθρα 2 Ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ

Α. Προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 2 του Ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ

103. Η διάταξη του άρθρου 2 του Ν. 703/1977, όπως ίσχυε[117], όριζε ότι:

«Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας.

Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδία:

(α) εις τον άμεσον ή έμμεσον εξαναγκασμόν προς καθορισμόν είτε των τιμών αγοράς ή πωλήσεως είτε άλλων μη ευλόγων όρων συναλλαγής,

(β) εις τον περιορισμόν της παραγωγής, της καταναλώσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως, επί ζημία των καταναλωτών,

(γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν,

(δ) εις την εξάρτησιν της συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, ή συνάψεως προσθέτων συμβάσεων αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικάς συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων».

104. Αντίστοιχη είναι η διατύπωση του Άρθρου 102 ΣΛΕΕ[118], η οποία τυγχάνει εφαρμογής εφόσον υπάρχει, όπως προαναφέρθηκε, επηρεασμός του διακοινοτικού εμπορίου. Επομένως, προϋποθέσεις για την εφαρμογή των συγκεκριμένων διατάξεων είναι οι εξής δύο: α) ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης στο σύνολο ή μέρος της σχετικής αγοράς (προϊόντος ή υπηρεσίας και γεωγραφικής) και β) η καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσης αυτής.

Β. Η δεσπόζουσα θέση του ΔΕΣΦΑ στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς ΦΑ

105. Μία επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση τόσο κατά την έννοια του άρθρου 2 του Ν. 703/77 όσο και κατά του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, όταν κατέχει θέση οικονομικής ισχύος που της επιτρέπει να εμποδίσει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και της επιτρέπει να συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και τελικά τους καταναλωτές[119]. Η έννοια της κατάχρησης είναι αντικειμενική και κατά κανόνα δεν είναι απαραίτητο να αποδειχθεί «πρόθεση» ούτε πραγματική παρακώλυση του ανταγωνισμού, αλλά η αντικειμενική δυνατότητα μίας τέτοιας παρακώλυσης. Συνεπώς, είναι ερευνητέο, αν η εταιρία ΔΕΣΦΑ κατέχει στην οικεία αγορά θέση οικονομικής ισχύος που αντικειμενικά της παρέχει τη δυνατότητα να παρακωλύει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό και αν συμπεριφέρεται σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και τελικά τους καταναλωτές.

106. Βασικά στοιχεία για τη διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης είναι το μερίδιο αγοράς της εξεταζόμενης επιχείρησης, η θέση των ανταγωνιστών της, τα νομικά ή πραγματικά εμπόδια εισόδου άλλων ανταγωνιστών στη σχετική αγορά, καθώς και η διαπραγματευτική ισχύς των πελατών της εξεταζόμενης επιχείρησης. Κατά πάγια νομολογία, πολύ υψηλά μερίδια αγοράς κατά κανόνα αποτελούν απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης[120]. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι μερίδια αγοράς που υπερβαίνουν το 75% για διάστημα τριών ετών είναι τόσο υψηλά, ώστε να συνιστούν τεκμήριο για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης[121] και ότι μερίδιο αγοράς ανώτερο του 50% για διάστημα τριών ετών αποτελεί, επίσης, καθεαυτό απόδειξη της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης στην οικεία αγορά[122].

107. Όπως προαναφέρθηκε, στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου (ή αγορά πρόσβασης στο δίκτυο) δραστηριοποιείται εκ του νόμου[123] ένας μόνο πάροχος, ο ΔΕΣΦΑ, στον οποίο μεταβιβάστηκε, από τη ΔΕΠΑ, με απόσπαση, ο κλάδος του ΕΣΦΑ. Με τη μεταβίβαση του ανωτέρω κλάδου ο ΔΕΣΦΑ έχει αποκτήσει, όπως επίσης προαναφέρθηκε, πλήρες και αποκλειστικό δικαίωμα στη λειτουργία, διαχείριση, εκμετάλλευση και ανάπτυξη του ΕΣΦΑ, ενώ δεν επιτρέπεται να μεταβιβάζει ή να εκχωρεί σε τρίτον οποιοδήποτε δικαίωμα έχει στο ΕΣΦΑ.

---

117. Βλ. και ουσιαστικά το ταυτόσημο άρθρο 2 Ν. 3959/2011: «1. Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης στο σύνολο ή μέρος της αγοράς της Ελληνικής Επικράτειας. 2. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση μπορεί να συνίσταται ιδίως: α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη εύλογων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης με ζημία των καταναλωτών, γ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών».

118. Το Άρθρο 102 ΣΛΕΕ προβλέπει: «Είναι ασυμβίβαστη με την εσωτερική αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της εσωτερικής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της. Η κατάχρηση αυτή δύναται να συνίσταται ιδίως: α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη δικαίων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διαθέσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως επί ζημία των καταναλωτών, γ) στην εφαρμογή άνισων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ) στην εξάρτηση της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, προσθέτων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών».

119. Πάγια νομολογία Αποφάσεις ΔΕΕ Υπόθ. 85/76 Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979, σελ. 461, σκ. 38-39, Υπόθ. 78/70 Deutsche Grammophon κατά Επιτροπής, Συλλ. 1971, σελ. 487, Υπόθ. 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc κατά Επιτροπής, Συλλ. 1973, σελ. 313, Υπόθ. 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV κατά Επιτροπής, Συλλ. 1998, σελ. 75, σκ. 65.

120. Απόφαση ΕΑ 520/VI/2011 (TASTY) παρ. 145, ΔΕφΑθ 2265/2010, σκ. 29-30 και ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ. 7, καθώς και Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. 85/76 Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής Συλλ. 1979, σελ. 461, σκ. 41.

121. Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. 85/76 Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής Συλλ. 1979, σελ. 461, σκ. 56 και 60.

122. Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. C-62/86 AKZO κατά Επιτροπής, Συλλ. 1991, σελ. I-3359, σκ. 60.

123. Βλ. άρθρα 6, 7 και 8 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε, αναφορικά με τη Διαχείριση του ΕΣΦΑ και τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του ΔΕΣΦΑ, καθώς και το Π.Δ. 33/2007 «Σύσταση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «Διαχειριστής Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε.» και έγκριση του καταστατικού της», ΦΕΚ Α΄ 31/20.2.2007.

108. Κατά συνέπεια, ο ΔΕΣΦΑ, ως επιχείρηση που διαθέτει εκ του νόμου μονοπώλιο στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου, κατέχει δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά κατά την έννοια των άρθρων 2 Ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ[124]. Ως αποτέλεσμα της ύπαρξης εκ του νόμου μονοπωλίου στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου, δεν υφίσταται δυνατότητα υποκατάστασης σε επίπεδο προσφοράς[125].

109. Περαιτέρω, εκτιμάται ότι το ύψος των απαιτούμενων επενδύσεων για τη δημιουργία ενός ανεξάρτητου συστήματος φυσικού αερίου αντίστοιχου με το υφιστάμενο ΕΣΦΑ θεωρείται σημαντικό εμπόδιο εισόδου στην αγορά, ενώ παράλληλα το ΕΣΦΑ θεωρείται «βασική διευκόλυνση»[126], γεγονός που δεν αμφισβητείται ούτε από τον ΔΕΣΦΑ[127].

Κατά συνέπεια, εκτιμάται ότι καθίσταται αδύνατη η ανάπτυξη δυνητικού ανταγωνισμού που να περιορίζει τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει ο ΔΕΣΦΑ στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου (ή αγορά πρόσβασης στο δίκτυο).

Γ. Η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης από το ΔΕΣΦΑ - ειδικότερα η καταχρηστική άρνηση πρόσβασης σε βασική διευκόλυνση

110. Όπως αναφέρεται αναλυτικά ανωτέρω, ο ΔΕΣΦΑ αρχικά αρνήθηκε στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, κατόπιν υποβολής των από 7.10.2009 αιτημάτων της[128], την παροχή πρόσβασης στην εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας για τη μεταφορά φορτίου από την εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας στο «Σημείο Εξόδου AdG» επικαλούμενος, αφενός τη δέσμευση από τη ΔΕΠΑ του 80% της μεταφορικής ικανότητας Φυσικού Αερίου στο «Σημείο Εξόδου AdG», και αφετέρου την απουσία κανονιστικού πλαισίου.

111. Παρά την ως άνω επικαλούμενη αδυναμία, ο ΔΕΣΦΑ στη συνέχεια μετέβαλε την παραπάνω θέση του και επέτρεψε[129] την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ. Κατόπιν, εν τοις πράγμασι αρνήθηκε την πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο δίκτυο, αφού δεν προέβη στην κατάρτιση της σύμβασης μεταφοράς με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με αποτέλεσμα τη μη παραλαβή από την τελευταία του φορτίου ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα[130].

---

124. Βλ. σχετικά Απόφαση ΔΕΕ Υποθ. C-311/84, Telemarketing, Συλλ. 1985, σελ. 3261, σκ. 8.

125. Βλ. και υπ' αριθμ.1175/2010 Απόφαση ΡΑΕ, σελ. 12, παρ. 7.

126. Η έννοια της βασικής διευκόλυνσης νοείται ως μία υπηρεσία ή υποδομή χωρίς την οποία οι ανταγωνιστές δεν μπορούν να προσφέρουν υπηρεσίες στους πελάτες τους. Η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας αποτελεί σημαντικό εμπόδιο εισόδου στη συγκεκριμένη αγορά και ανάπτυξης ενός ελάχιστου ανταγωνισμού, ιδίως όταν η ενδιαφερόμενη επιχείρηση, δεν μπορεί να αναπτύξει την υπηρεσία αυτή μόνη της, αλλά ούτε υπάρχει και αντικειμενική δυνατότητα επαρκούς υποκατάστασης από άλλες οικονομικά συμφέρουσες λύσεις.

127. Βλ. ενδεικτικά και Γνωμοδότηση [...] (Σεπτ. 2012) που υπέβαλε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, σελ. 8.

128. Βλ. σχετικά και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072334/7.10.2009 αίτηση για σύναψη σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072335/7.10.2009 αίτηση σύναψης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ.

129. Με την υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του (η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 4225/2009 Απόφαση της ΡΑΕ) και αφού είχε προηγηθεί η υπ' αριθμ. 4222/2009 Απόφαση της ΡΑΕ με θέμα «Σύσταση ΡΑΕ προς το Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3 του ν. 3428/2005». Στην εν λόγω αιτιολογημένη απόφαση του ΔΕΣΦΑ αντέδρασε η ΔΕΠΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΠΑ 2180/2.12.2009 επιστολή της (-εξώδικο) προς τον ΔΕΣΦΑ. Με την επιστολή αυτή επεσήμαινε στο ΔΕΣΦΑ ότι η αποδεσμευθείσα, με την ανωτέρω απόφασή του, δεσμευμένη δυναμικότητα του «Σημείου Εξόδου AdG» είναι δεσμευμένη υπέρ της ΔΕΠΑ, δυνάμει της υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.2007 σύμβασης μεταφοράς ΦΑ μεταξύ ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, και ότι ουδόλως πληρούνταν οι κατά νόμο προβλεπόμενες προϋποθέσεις για την αποδέσμευση δυναμικότητας. Και αυτό επειδή, πρώτον, δεν είχε θεσπιστεί ακόμα ο Κώδικας Διαχείρισης ΕΣΦΑ (οι διατάξεις του οποίου θα ρύθμιζαν το ζήτημα της αποδέσμευσης δυναμικότητας), δεύτερον, επειδή η εν λόγω δυναμικότητα δεν θα παρέμενε αχρησιμοποίητη και τρίτον, ακόμη και στην περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί αχρησιμοποίητη, η αποδέσμευση δυναμικότητας θα ήταν αντίθετη με τις διατάξεις του άρθ. 5 παρ. 4 του Κανονισμού 1775/2005, κατ' εφαρμογή των οποίων η εκ μέρους του ΔΕΣΦΑ προσφορά μη χρησιμοποιούμενης δυναμικότητας δύνατο να λάβει χώρα μόνο αν τούτο δεν συνιστούσε παράβαση των απαιτήσεων των υφιστάμενων συμβάσεων μεταφοράς, προϋπόθεση που δεν συνέτρεχε εν προκειμένω, αφού η αποδέσμευση δυναμικότητας είχε ως αποτέλεσμα την ευθεία παραβίαση της σύμβασης ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ. Η ΔΕΠΑ ανέφερε, επίσης, ότι η εν λόγω αποδέσμευση δυναμικότητας θα προκαλούσε σημαντικότατη ζημία (πολλών εκατομμυρίων ευρώ) σε βάρος της ΔΕΠΑ και των πελατών της και επιπλέον θα προκαλούσε ανεπανόρθωτη δυσλειτουργία στον ασφαλή εφοδιασμό των πελατών της και του συνόλου της εγχώριας αγοράς Φ.Α. Και αυτό γιατί, σύμφωνα με τη ΔΕΠΑ, τυχόν εκφόρτωση από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ φορτίου LNG στη Ρεβυθούσα στις 2.12.2009 αναμενόταν να δεσμεύσει τουλάχιστον κατά 50% την αναγκαία αποθηκευτική ικανότητα της εγκατάστασης ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα και να προκαλέσει αδυναμία εκφόρτωσης φορτίων LNG της ΔΕΠΑ (το πρώτο εκ των οποίων αναμενόταν στη Ρεβυθούσα στις 5.12.2009, όπως είχε ήδη ενημερωθεί ο ΔΕΣΦΑ) παραδοτέων βάσει μακροχρόνιας σύμβασης, με προφανείς οικονομικές και άλλες δυσμενείς συνέπειες σε βάρος της ΔΕΠΑ, των πελατών της και κατ' επέκταση σε βάρος της εγχώριας αγοράς ΦΑ εν γένει. Κατόπιν όλων των ανωτέρω η ΔΕΠΑ διαμαρτυρόταν για την αντίθετη στη μεταξύ ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ σύμβαση και στο νόμο, όπως υποστηρίζει, ενέργεια του ΔΕΣΦΑ, επιφυλασσόμενη όπως αξιώσει την πλήρη αποκατάσταση πάσης φύσεως ζημίας που θα υποστεί, και ζητώντας από το ΔΕΣΦΑ όπως εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις έναντι της ΔΕΠΑ.

130. Βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0075541/3.12.2009 εξώδικη δήλωση - πρόσκληση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ, που προσκόμισε ο ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. 8089/9.12.2011 απαντητική επιστολή του προς την Γ.Δ.Α., στην οποία η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναφέρεται σε προσχηματική και καταχρηστική συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ επειδή, όπως αναφέρει «...Συγκεκριμένα, την Τετάρτη 02.12.2009, μετά την έγκριση από τη ΡΑΕ της προαναφερθείσας αιτιολογημένης σας απόφασης περί αποδέσμευσης δυναμικότητας και κατόπιν δικής μας πρωτοβουλίας, μας καλέσατε στα γραφεία σας για την υπογραφή της απαιτούμενης σύμβασης μεταφοράς. Κατά την άφιξή μας στα γραφεία σας ωστόσο διαπιστώσαμε ότι η εταιρεία σας ήταν παντελώς και αδικαιολόγητα ανέτοιμη να συνάψει τη σύμβαση αυτή, επικαλεσθήκατε δε ως λόγο την αιφνίδια ασθένεια της (μοναδικής;) νομικής σας συμβούλου και την αδυναμία επικοινωνίας σας με το Διευθυντή Δραστηριότητας Μεταφοράς, ο οποίος ήταν, ή τουλάχιστον θα έπρεπε να είναι, ενήμερος για το επείγον και τη σοβαρότητα του θέματος, δεδομένου ότι το πλοίο με το φορτίο υγροποιημένου φυσικού αερίου μας ήδη από το πρωί της ημέρας αυτής ήταν έξω από τις εγκαταστάσεις του ΔΕΣΦΑ στη Ρεβυθούσα και είχε ενημερώσει τις υπηρεσίες της αρμοδιότητας του εν λόγω στελέχους για το αίτημά του να εκφορτώσει». Καλούσε δε εν συνεχεία το ΔΕΣΦΑ να συνάψει με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ εντός της 3ης.12.2009 σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου, ώστε να καταστεί δυνατή η εκφόρτωση του φορτίου ΥΦΑ στις εγκαταστάσεις της Ρεβυθούσας. Βλ. και τη σχετική (από 4.12.2009) υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0075657/7.12.2009 επιστολή της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ με παρόμοιο περιεχόμενο. Εν συνεχεία, και αφού πλέον είχε αποπλεύσει το πλοίο από τη Ρεβυθούσα, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ απέστειλε στο ΔΕΣΦΑ την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-102512/14.12.2009 επιστολή, κοινοποιούμενη και στη ΔΕΠΑ. Με αυτήν, αφού επεσήμανε ότι η σύναψη των προβλεπόμενων από τη νομοθεσία κειμένων - προκειμένου να είναι δυνατή η χρήση των εγκαταστάσεων του ΕΣΦΑ από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ - ήταν καθ' όλα δυνατή με το υφιστάμενο τότε ρυθμιστικό καθεστώς, όπως άλλωστε είχε αποφανθεί και η ΡΑΕ με τις υπ' αριθμ. 4222/2009 και 4225/2009 αποφάσεις της, καλούσε το ΔΕΣΦΑ να προβεί σε κάθε αναγκαία ενέργεια ώστε να καταστεί και εν τοις πράγμασι δυνατή η χρήση των εγκαταστάσεων του ΕΣΦΑ από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Επιπλέον, προκειμένου να αποφευχθεί η συνέχιση της παρελκυστικής τακτικής εκ μέρους του ΔΕΣΦΑ, όπως αναφέρει, καθώς και η δημιουργία προσκομμάτων σε σχέση με την πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο ΕΣΦΑ και προκειμένου να καταστεί δυνατή ειδικά η πρόσβαση στην εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας εντός των επόμενων ημερών, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ καλούσε τον ΔΕΣΦΑ

112. Εν συνεχεία, όπως προαναφέρθηκε, υπέβαλε ενώπιον της ΡΑΕ το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105543/20.1.2010 έγγραφό του, περί «ανάκλησης» της προαναφερόμενης απόφασής του για την αποδέσμευση συμβατικά δεσμευμένης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG». Πιο συγκεκριμένα, κύρια αιτιολογική βάση της ανάκλησης της υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένης απόφασης του ΔΕΣΦΑ περί αποδέσμευσης δυναμικότητας αποτελούσε η μη έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ κατά το χρόνο λήψης της εν λόγω απόφασης, καθώς και η μη έκδοση κατά τον ίδιο χρόνο υπουργικών αποφάσεων, στο πλαίσιο των διατάξεων των άρθρων 9 παρ. 5 και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε.

113. Επιπλέον, ο ΔΕΣΦΑ επικαλέστηκε ότι κατά το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 έως 27.12.2009, η αποδεσμευθείσα υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δυναμικότητα στο «Σημείο Εξόδου AdG» χρησιμοποιήθηκε από τη ΔΕΠΑ για την προμήθεια φυσικού αερίου στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, καθώς και ότι η ανάκληση της ανωτέρω απόφασης ήταν επιβεβλημένη, προκειμένου να μη δημιουργηθεί νομικό προηγούμενο που δεν στηρίζεται στο νόμο.

114. Περαιτέρω, στο υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-107007/8.2.2010 έγγραφο του Προέδρου του ΔΕΣΦΑ, προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι η απόφαση υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 του ΔΕΣΦΑ για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας εκδόθηκε «παρ' αναρμοδίου οργάνου (Διευθύνοντος Συμβούλου), διότι δεν υφίστατο προηγούμενη έγκριση προς τούτο από το αρμόδιο όργανο της εταιρίας, δηλαδή το Διοικητικό Συμβούλιο... σε κάθε δε περίπτωση η οικονομική αξία της αποδέσμευσης, που εγκρίθηκε, υπερέβαινε το ποσόν των 200.000 ευρώ, δηλαδή ήταν πάνω από το όριο που είχε εξουσιοδοτηθεί να δεσμεύει την εταιρία ο Διευθύνων Σύμβουλος»[131].

115. Ακολούθως, ο ΔΕΣΦΑ, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 285/29.3.2010 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, φαίνεται να απέρριψε νέο αίτημά της (από 23.3.2010) για πρόσβαση στην εγκατάσταση ΥΦΑ κατά την 24η Απριλίου 2010 με παρόμοια αιτιολογία, ότι, δηλαδή, η εξέταση του σχετικού αιτήματος θα ήταν δυνατή μετά τη δημοσίευση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που ορίζονται σε αυτόν, την έγκριση της Πρότυπης Σύμβασης Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ από τη ΡΑΕ και την κατά νόμο θέσπιση τιμολογίου για βραχυχρόνια χρήση του ΕΣΦΑ.

116. Τέλος, ο ΔΕΣΦΑ, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 293/8.4.2010 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, αρνήθηκε ξανά στην τελευταία το αίτημά της (από 6.4.2010) για εκφόρτωση ΥΦΑ κατά την 12η και 17η Μαΐου 2010, με την αιτιολογία ότι δεν είχε λάβει θεωρημένο αντίγραφο του ΦΕΚ στο οποίο δημοσιεύτηκε η Υ.Α. Δ1/Α/5346 για τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (ΦΕΚ Β΄ 379/1.4.2010), καθώς και ότι εκκρεμούσε η έκδοση Υ.Α. και απόφασης της ΡΑΕ αναφορικά με την Πρότυπη Σύμβαση Μεταφοράς, την Πρότυπη Σύμβαση Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ, καθώς και με τον Κανονισμό Μετρήσεων και την Τροποποίηση της Υ.Α. 4955/2006 για την εισαγωγή τιμολογίου βραχυχρόνιας χρήσης του ΕΣΦΑ.

117. Ωστόσο, μετά την έκδοση και δημοσίευση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ και των Προτύπων Συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου και Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ, ο ΔΕΣΦΑ τελικώς υπέγραψε με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ την υπ' αριθμ. [...] σύμβαση χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ στη νήσο Ρεβυθούσα (διάρκειας [...]), καθώς και την υπ' αριθμ. [...] σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου (διάρκειας [...]).

118. Αξιολογώντας την ως άνω συμπεριφορά, επισημαίνεται κατ' αρχάς, πως σύμφωνα με το ΔΕΕ η άρνηση πώλησης αγαθών ή υπηρεσιών ή ακόμη η άρνηση σύναψης μιας σύμβασης, η οποία προβάλλεται από δεσπόζουσα επιχείρηση και δεν δικαιολογείται αντικειμενικά, απαγορεύεται, αφού θα μπορούσε να οδηγήσει σε εξαφάνιση κάθε είδους ανταγωνισμού εκ μέρους της επιχείρησης, εναντίον της οποίας προβάλλεται[132].

να της γνωρίσει τους συναλλακτικούς όρους, τις προϋποθέσεις, τις διαδικασίες και τους οικονομικούς όρους βάσει των οποίων γινόταν κατά την επίμαχη χρονική περίοδο η χρήση της εγκατάστασης ΥΦΑ της Ρεβυθούσας από τη ΔΕΠΑ. Εάν δε η ως άνω χρήση του ΕΣΦΑ από τη ΔΕΠΑ γινόταν κατά την επίμαχη περίοδο χωρίς την υπογραφή συγκεκριμένων συμβάσεων, καλούσε το ΔΕΣΦΑ να της το γνωρίσει και να δεχτεί την υποδοχή αντίστοιχων φορτίων της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στη Ρεβυθούσα με τους ίδιους ακριβώς όρους, διατυπώσεις και πρακτικές που ίσχυαν για τη ΔΕΠΑ.

131. Σημειώνεται ότι ο ΔΕΣΦΑ άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την από 29.1.2010 (και με αρ. καταχ. 199/1.2.2010) αίτηση ακύρωσης κατά της ΡΑΕ περί ακύρωσης της προαναφερόμενης υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφασης της ΡΑΕ. Η ανωτέρω αίτηση ακύρωσης απερρίφθη ως απαράδεκτη με την υπ' αριθμ. 1806/2011 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την αιτιολογία ότι η κρινόμενη αίτηση ασκήθηκε κατά της υπ' αριθμ. 4225/2.12.2009 απόφασης της ΡΑΕ και όχι κατά της πράξης επί αιτήσεως αναθεώρησης κατ' αυτής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 6 ν. 2773/1999. Επίσης, κατά της ανωτέρω υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 «Αιτιολογημένης Απόφασης» (Ορθή Επανάληψη) του ΔΕΣΦΑ και κατά της υπ' αριθμ. 4225 απόφασης της ΡΑΕ έχει ασκηθεί η από 11.12.2009 (και με αρ. καταχ. 3085/14.12.2009) αίτηση ακύρωσης της ΔΕΠΑ ενώπιον Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Σύμφωνα με τη ΡΑΕ, δεν έχει κοινοποιηθεί σε αυτήν από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών αντίγραφο απόφασης επί της ανωτέρω αίτησης ακύρωσης (βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. 3910/27.4.2012 επιστολή της ΡΑΕ προς την Ε.Α). Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΔΕΣΦΑ περί έκδοσης της υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένης απόφασης του ΔΕΣΦΑ παρ' αναρμοδίου οργάνου (Διευθύνοντος Συμβούλου), η ΡΑΕ τον απέρριψε, με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της (σελ. 30-32), επικαλούμενη ότι: α) η ΡΑΕ ορθώς εξέλαβε την ως άνω απόφαση ως αρμοδίως εκδοθείσα και δεσμεύουσα τον ΔΕΣΦΑ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22 ν. 2190/1920, που προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι περιορισμοί της εξουσίας του Διοικητικού Συμβουλίου από το καταστατικό ή απόφαση της γενικής συνέλευσης δεν αντιτάσσονται στους τρίτους, ακόμα και αν έχουν υποβληθεί στις διατυπώσεις δημοσιότητας, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 12 παρ. 2 του Π.Δ. 33/2007 «Σύσταση Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε.», σύμφωνα με την οποία η εταιρεία αναλαμβάνει υποχρεώσεις και δεσμεύσεις με τις υπογραφές των εξουσιοδοτημένων από το Δ.Σ. προσώπων, μελών ή όχι του Δ.Σ., κάτω από την εταιρική επωνυμία», β) σε κάθε περίπτωση, από τις διατάξεις του ως άνω Π.Δ. 33/2007 καθώς από τα σχετικά στοιχεία που υποβλήθηκαν από τον ΔΕΣΦΑ στην ΡΑΕ δε διαφαίνεται ότι η υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 απόφαση του ΔΕΣΦΑ εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο ή άλλως ότι δεν ήταν ικανή να παράγει έννομες συνέπειες, αλλά αντίθετα ότι ο Διευθύνων Σύμβουλος του ΔΕΣΦΑ είχε αρμοδιότητα να αποφασίσει την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας και γ) το ίδιο το Διοικητικό Συμβούλιο του ΔΕΣΦΑ αποδέχθηκε (ή, σε κάθε περίπτωση, επικύρωσε) την υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του ΔΕΣΦΑ. Τέλος, επισημαίνεται ότι ο ΔΕΣΦΑ υπέβαλε ενώπιον της ΡΑΕ την από 29.7.2010 αίτηση περί αναθεώρησης της υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασης της ΡΑΕ, κατ' άρθρο 5 παρ. 6 ν. 2773/1999 (βλ. σχετικό έγγραφο 5, επισυναπτόμενο στο από 4.10.2010 Υπόμνημα που προσκόμισε κατά την κατάθεσή [...] ενώπιον της ΓΔΑ [...]). Περαιτέρω, σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 3910/27.4.2012 επιστολή της ΡΑΕ προς την Ε.Α, αναφορικά με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ, έχουν κατατεθεί από τον ΔΕΣΦΑ ενώπιον του ΣτΕ η με αρ. καταχ. ΑΚ 1989/2010 αίτηση αναστολής και η με αρ. καταχ. ΑΚ 8882/2010 αίτηση ακύρωσης, για την αναστολή και την ακύρωση αντίστοιχα της ως άνω απόφασης της ΡΑΕ. Για την αίτηση ακύρωσης είχε οριστεί ως ημερομηνία συζήτησης, κατόπιν αναβολής, η 15η.5.2012.

132. Βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΔΕΕ 6/73 (και συνεκδ. 7/73), Commercial Solvents κατά Επιτροπής, Συλλ. 1974, σελ. 223 σκ. 25, Απόφαση ΔΕΕ 311/84, CBEM/CLT και IPB, Συλλ. 1985, σελ. 3261, σκ. 23, 25.

119. Περαιτέρω, όταν προβάλλεται από δεσπόζουσα επιχείρηση, ως δικαιολογία της άρνησης πώλησης ή συναλλαγής, η αναγκαιότητα προστασίας των δικών της εμπορικών συμφερόντων (η οποία είναι καθ' όλα νόμιμη), θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι το συγκεκριμένο μέτρο της άρνησης είναι ανάλογο με το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Θα πρέπει, δηλαδή, να αποδεικνύεται ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν ήταν σε θέση να επιλέξει άλλο μέτρο λιγότερο επώδυνο από την άρνηση πώλησης για την προάσπιση των εμπορικών της συμφερόντων.

120. Εν προκειμένω εξετάζεται, όπως προαναφέρθηκε, η άρνηση χορήγησης πρόσβασης σε εγκατάσταση ή δίκτυο πρωταρχικής σημασίας («βασική διευκόλυνση»). Οι βασικές προϋποθέσεις για τη διαπίστωση καταχρηστικής συμπεριφοράς με τη μορφή της άρνησης πρόσβασης σε βασική διευκόλυνση είναι συγκεκριμένα:

(α) η πρόσβαση στη συγκεκριμένη διευκόλυνση/υποδομή να είναι απολύτως απαραίτητη για την άσκηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού σε αγορά επόμενου σταδίου, ενώ η άρνηση πρόσβασης να μπορεί να εξαφανίσει οποιονδήποτε ανταγωνισμό στην αγορά και

(β) η άρνηση να μην μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά[133].

121. Αναφορικά με τη συνδρομή της υπό (α) προϋπόθεσης επισημαίνεται, ότι στην υπό εξέταση περίπτωση, η άρνηση πρόσβασης σε βασική διευκόλυνση συνίσταται στην άρνηση του ΔΕΣΦΑ να παράσχει στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ πρόσβαση στη βασική υποδομή του ΕΣΦΑ, υποδομή απολύτως απαραίτητη σε όποια εταιρία επιθυμεί να δραστηριοποιηθεί στην παρεπόμενη αγορά προμήθειας φυσικού αερίου. «Βασική διευκόλυνση» αποτελούν, όπως προαναφέρθηκε, οι υποδομές του ΕΣΦΑ, περιλαμβανομένων τόσο του «Σημείου Εξόδου AdG» όσο και της εγκατάστασης ΥΦΑ της Ρεβυθούσας. Η άρνηση πρόσβασης στις συγκεκριμένες διευκολύνσεις/υποδομές εξαφανίζει οποιονδήποτε ανταγωνισμό στην παρεπόμενη αγορά προμήθειας φυσικού αερίου, με αποτέλεσμα αφενός ο Επιλέγων Πελάτης (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ) να μην προμηθευτεί τελικά φυσικό αέριο από τρίτους προμηθευτές (παρά μόνο από τη ΔΕΠΑ), αφετέρου οι τελευταίοι να μην πωλήσουν φυσικό αέριο σε Επιλέγοντες Πελάτες (εν προκειμένω την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ).

122. Όσον αφορά στην υπό (β) προϋπόθεση, ο ΔΕΣΦΑ επικαλείται διάφορους λόγους προκειμένου να δικαιολογήσει την άρνησή του να παράσχει πρόσβαση στο ΕΣΦΑ. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται αναλυτικά ανωτέρω, ο ΔΕΣΦΑ αρχικά απέρριψε τα από 7.10.2009 αιτήματα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ[134], σχετικά με την παροχή πρόσβασης και τη μεταφορά φορτίου από την εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας στο «Σημείο Εξόδου AdG», επικαλούμενος: α) ότι η ΔΕΠΑ είχε ήδη δεσμεύσει - με την υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.2007 συναφθείσα μεταξύ ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου - στο «Σημείο Εξόδου AdG» το 80% της τεχνικά μέγιστης μεταφορικής ικανότητας παραλαβής στο σημείο αυτό και β) ότι λόγω απουσίας κανονιστικού πλαισίου (δηλαδή έλλειψη Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, τιμολογίου εποχιακής χρήσης του ΕΣΦΑ, πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ και Κανονισμού Μητρώου Χρηστών ΕΣΦΑ) δεν ήταν δυνατόν στον ΔΕΣΦΑ ούτε να διαπιστώσει την ύπαρξη αχρησιμοποίητης δυναμικότητας, αλλά ούτε και να τη διαθέσει.

123. Ως εκ τούτου, ο ΔΕΣΦΑ ισχυρίζεται ότι, βάσει του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου, η εν λόγω μεταφορική ικανότητα παραλαβής δεν δύνατο να αποδεσμευθεί πριν τη λήξη της προαναφερόμενης σύμβασης, παρά μόνο με τη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ[135].

1. Άρνηση πρόσβασης για λόγους που ανάγονται στην έλλειψη κανονιστικού πλαισίου (Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, τιμολογίου εποχιακής χρήσης, προτύπων συμβάσεων και Κανονισμού Μητρώου Χρηστών)

124. Ειδικότερα, ο ΔΕΣΦΑ επικαλέστηκε καταρχάς τη διάταξη του άρθρου 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, η οποία προέβλεπε ότι η αποδέσμευση δυναμικότητας λαμβάνει χώρα «σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ» (ο οποίος, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, δεν είχε ακόμα εκδοθεί), προκειμένου με απόφασή του και ύστερα από έγκριση της ΡΑΕ να αποδεσμεύσει δυναμικότητα που έχει δεσμευθεί και δεν χρησιμοποιείται. Ισχυρίστηκε, δηλαδή, ότι η έλλειψη του Κώδικα καθιστούσε ανέφικτη την αποδέσμευση της ήδη συμβατικά δεσμευμένης υπέρ της ΔΕΠΑ δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ, παρά το γεγονός ότι ήταν προφανές πως η δεσμευμένη αυτή δυναμικότητα δε θα χρησιμοποιείτο από τη ΔΕΠΑ, μετά την υποβολή του σχετικού αιτήματος από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

125. Εν προκειμένω, όπως εκτίθεται αναλυτικά ανωτέρω, ακόμη κι αν υποτεθεί, ότι η έλλειψη του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ κατά το χρόνο που έλαβαν χώρα τα εξεταζόμενα πραγματικά περιστατικά συνιστά παράλειψη του εθνικού νομοθέτη συμμόρφωσης με το σύνολο των επιταγών του ενωσιακού δικαίου, ιδία περί των όρων πρόσβασης στο δίκτυο, το γεγονός αυτό δεν μπορεί να αιτιολογήσει την παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού. Και αυτό γιατί, παρά την έλλειψη του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, αλλά και του λοιπού κανονιστικού πλαισίου, ο ΔΕΣΦΑ δεν στερείτο διακριτικής ευχέρειας αντιμετώπισης του αιτήματος πρόσβασης στο ΕΣΦΑ από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ και μπορούσε ακωλύτως να αποδεσμεύσει τη συμβατικά δεσμευμένη υπέρ της ΔΕΠΑ δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ[136].

126. Ειδικότερα, όπως, άλλωστε, έκανε ήδη δεκτό και η ΡΑΕ στην υπ' αριθμ. 4225/2009 απόφασή της[137], «...τυχόν επίκληση της έλλειψης των λεπτομερών διατάξεων του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ δεν μπορεί να αποτε-

---

133. Βλ. και απόφαση ΕΑ 317/V/2006 Περίανδρος.

134. Βλ. σχετικά και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072334/7.10.2009 αίτηση για σύναψη σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 0072335/7.10.2009 αίτηση σύναψης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τον ΔΕΣΦΑ.

135. Βλ. σχετικά τις υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027290/9.11.2009 και 027349/10.11.2009 επιστολές του ΔΕΣΦΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ

136. Το αυτό έκρινε και η ΡΑΕ, αναφέροντας στην υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της (σελ. 29) ότι η έλλειψη κατά τον υπόψη χρόνο του παραπάνω κανονιστικού πλαισίου δεν μπορεί να θεμελιώσει απαλλαγή του ΔΕΣΦΑ από την υποχρέωσή του για προσήκουσα και αποτελεσματική ικανοποίηση του δικαιώματος των χρηστών για ελεύθερη πρόσβαση στο δίκτυο, ούτε να εμποδίσει εν προκειμένω τη λήψη απόφασης από πλευράς ΔΕΣΦΑ για την αποδέσμευση μεταφορικής ικανότητας σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, ως ίσχυε.

137. Βλ. και σελ. 18-19 της υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασης της ΡΑΕ.

λέσει λόγο για τη μη έκδοση της ως άνω απόφασης[138], καθώς τόσο η Οδηγία όσο και ο Κανονισμός 1775/2005 επιβάλλουν τη διασφάλιση του καθεστώτος ελεύθερης πρόσβασης τρίτων στο Εθνικό Σύστημα Φυσικού Αερίου (Ε.Σ.Φ.Α.), επί τη βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης των Χρηστών, ρυθμίζουν δε ειδικώς τα σχετικά ζητήματα. Ειδικότερα, με το άρθρο 17 του εν λόγω Κανονισμού "...Ο παρών Κανονισμός είναι δεσμευτικός ως προς όλα τα μέρη και ισχύει άμεσα σε κάθε κράτος μέλος". Επειδή περαιτέρω, ακόμα και εάν οι λεπτομερείς διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης Ε.Σ.Φ.Α. είχαν τεθεί σε ισχύ, δεν θα μπορούσαν να αντίκεινται στις διατάξεις του Κανονισμού, που υπερισχύει ως κείμενο «υπερνομοθετικού χαρακτήρα...».

127. Κατά συνέπεια, εκτιμάται ότι η μη έκδοση, κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα, του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ ή και των λοιπών προβλεπόμενων κανονιστικών πράξεων ουδόλως αποτελούσαν πρόσκομμα στον ΔΕΣΦΑ για την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, περί αποδέσμευσης δυναμικότητας, αφού οι βασικοί κανόνες που διέπουν το δικαίωμα πρόσβασης στο δίκτυο περιλαμβάνονταν ήδη στον Κανονισμό 1775/2010, στην Οδηγία 2003/55/ΕΚ, όπως ίσχυαν, καθώς και στο Ν. 3428/2005 (με τον οποίο είχε ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2003/55/ΕΚ)[139].

128. Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι ο ΔΕΣΦΑ επικαλέσθηκε την έλλειψη κανονιστικού πλαισίου και ιδίως του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ όλως αντιφατικώς, εφόσον ο ίδιος τελικώς εξέδωσε στη βάση του άρθρου 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, την προαναφερόμενη υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του[140] για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», προϋπόθεση, όπως αναφέρει, για τη σύναψη Σύμβασης Μεταφοράς Φυσικού Αερίου μεταξύ ΔΕΣΦΑ και ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με αντικείμενο τη μεταφορά φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Στην απόφασή του αυτή, ο ΔΕΣΦΑ ρητά και με πλήρη αιτιολόγηση αποφάσισε τα εντελώς αντίθετα από ότι ήδη προβάλλει και θεμελίωσε νομικά την απόφασή του στις διατάξεις που προαναφέρθηκαν, δηλαδή, το Ν. 3428/2005, την Οδηγία 2003/55/ΕΚ και τον Κανονισμό ΕΚ 1775/2005, ως ίσχυαν[141].

129. Εξάλλου, ειδικά οι διατάξεις του Κανονισμού ΕΚ 1775/2005 ετύγχαναν ευθείας και αμέσου εφαρμογής στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 288 ΣΛΕΕ) και επέβαλαν στον ΔΕΣΦΑ να συμμορφώνεται πλήρως με τις επιταγές του. Κατά πάγια δε νομολογία, τα κράτη μέλη και οι εθνικές αρχές υπέχουν υποχρέωση να μην εξαρτούν την άμεση εφαρμογή διατάξεων Κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης από τη θέσπιση ή μη εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών μέτρων, αλλά οι Κανονισμοί ισχύουν άμεσα στην έννομη τάξη των κρατών μελών και, επομένως, γεννούν υπέρ των ιδιωτών δικαιώματα, τα οποία τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να προστατεύουν[142].

130. Ο ΔΕΣΦΑ υποστήριξε, επίσης, ότι επειδή δεν υπήρχε σχετικό κανονιστικό πλαίσιο[143] δεν μπορούσε να συνάψει ούτε σύμβαση μεταφοράς, χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ και εγκαταστάσεων αποθήκευσης. Ωστόσο, η έλλειψη

138. Εννοείται της απόφασης του ΔΕΣΦΑ για την αποδέσμευση δυναμικότητας.

139. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 1β της Οδηγίας 2003/55/ΕΚ: «1. Κάθε διαχειριστής δικτύου μεταφοράς, αποθήκευσης ή/και ΥΦΑ: ...β) δεν κάνει διακρίσεις μεταξύ των χρηστών του δικτύου ή των κατηγοριών χρηστών του δικτύου, ιδίως υπέρ των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων». Υπενθυμίζεται ότι η Οδηγία 2003/55/ΕΚ καταργήθηκε, όπως προαναφέρθηκε, στις 3.3.2011 από την Οδηγία 2009/73/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά φυσικού αερίου και την κατάργηση της οδηγίας 2003/55/ΕΚ ΕΕ αριθ. L 211 της 14/08/2009. Και στη νεότερη, ωστόσο, Οδηγία προβλέπεται σχετική διάταξη (βλ. άρθρο 13 παρ. 1β, καθώς και σημείο 17 του Προοιμίου). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε: «Οι Επιχειρήσεις Φυσικού Αερίου οφείλουν να: ...β) Τηρούν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αμεροληψίας και της μη διάκρισης των Χρηστών και των Πελατών, ιδίως για τις υπηρεσίες που παρέχουν υπό καθεστώς αποκλειστικών δικαιωμάτων. γ) Λειτουργούν και παρέχουν τις υπηρεσίες τους κατά τρόπο ώστε να προάγεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός στην αγορά Φυσικού Αερίου, εκπληρώνοντας τις υποχρεώσεις παροχής υπηρεσιών κοινής ωφελείας που τους ανατίθενται...». Παρόμοια ρύθμιση προβλεπόταν και στον Κανονισμό 1775/2005 και συγκεκριμένα στο άρθρο 1 παρ. 1 όπου ορίζεται ότι: «1. Ο παρών κανονισμός έχει ως στόχο να θεσπίσει αμερόληπτους κανόνες για τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς φυσικού αερίου...», καθώς και στο άρθρο 4 παρ. 1α που ορίζεται ότι: «1. Οι διαχειριστές των δικτύων μεταφοράς: α) μεριμνούν για την παροχή υπηρεσιών χωρίς διακρίσεις σε όλους τους χρήστες του δικτύου. Ιδίως, όταν διαχειριστής δικτύου μεταφοράς παρέχει την ίδια υπηρεσία σε διαφορετικούς πελάτες, το πράττει με τους ίδιους συμβατικούς όρους και με τις ίδιες προϋποθέσεις...». Υπενθυμίζεται ότι ο Κανονισμός 1775/2005 καταργήθηκε, επίσης, στις 3.3.2011 από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 715/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τους όρους πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς φυσικού αερίου και για την κατάργηση του Κανονισμού ΕΚ αριθ. 1775/2005, ΕΕ αριθ. L 211/36 της 14/08/2009. Και ο νεότερος Κανονισμός προβλέπει σχετική διάταξη (βλ. άρθρο 14 παρ. 1α). Βλ. και άρθρο 5 παρ. 3(α) και παρ. 4 του Κανονισμού 1775/2005 (αναλυτικά κατωτέρω στην παρούσα Έκθεση, παρ. 342, υποσημ. 416), αναφορικά με τις αρχές που διέπουν τους μηχανισμούς καταμερισμού δυναμικότητας και τις διαδικασίες διαχείρισης συμφόρησης. Σύμφωνα, επίσης, με τα σημεία 1 και 14 του Προοιμίου του ανωτέρω Κανονισμού, «(1) Η οδηγία 2003/55/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2003, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά φυσικού αερίου, συνέβαλε σημαντικά στη δημιουργία εσωτερικής αγοράς αερίου. Απαιτείται τώρα να προβλεφθούν δομικές αλλαγές στο κανονιστικό πλαίσιο προκειμένου να καταργηθούν οι εναπομένοντες φραγμοί για την ολοκλήρωση της εσωτερικής αγοράς, ιδίως όσον αφορά την εμπορία αερίου...» και «(14) ...Ενδείκνυται, συνεπώς, ο καθορισμός κανόνων που θα εξασφαλίζουν ότι οι επιχειρήσεις εκμετάλλευσης δικτύων μεταφοράς θέτουν σε λειτουργία τέτοιους μηχανισμούς κατά τρόπο συμβατό με διάφανους και αποτελεσματικούς όρους πρόσβασης στο δίκτυο χωρίς να εισάγουν διακρίσεις».

140. Την οποία περαιτέρω ενέκρινε η ΡΑΕ με την υπ' αριθμ. πρωτ. 4225/2009 απόφασή της.

141. Συγκεκριμένα, στην εν λόγω απόφασή του ο ΔΕΣΦΑ αποφάσισε «την κίνηση της διαδικασίας του άρθρου 12 παρ. 5 του ν. 3428/2005 για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας του σημείου εξόδου «AdG» του ΕΣΦΑ, κατά το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 έως 27.12.2010... Η κατά τα ανωτέρω λήψη απόφασης περί αποδέσμευσης είναι επιβεβλημένη διότι... η αποδέσμευση της ως άνω συμβατικά δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας για το επίμαχο διάστημα αποτελεί προϋπόθεση για τη σύναψη Σύμβασης Μεταφοράς Φυσικού Αερίου μεταξύ της ΔΕΣΦΑ ΑΕ και της εταιρίας Αλουμίνιον ΑΕ με αντικείμενο τη μεταφορά φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις της Αλουμίνιον ΑΕ, η δε σύναψη της Σύμβασης αυτής αποτελεί δικαίωμα της εν λόγω εταιρίας ως Χρήστη του ΕΣΦΑ με βάση την ισχύουσα εθνική και κοινοτική νομοθεσία. Ως εκ τούτου, η κατά τα ανωτέρω αποδέσμευση συμβατικά δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας επιβάλλεται για να διασφαλισθεί η χωρίς διακρίσεις και με ίσους όρους ανταγωνισμού πρόσβαση στο ΕΣΦΑ, καθώς και η αποδοτική διαχείριση του ΕΣΦΑ, όπως επιβάλλουν ο ν. 3428/2005, η Οδηγία 2003/55/ΕΚ και ο Κανονισμός (ΕΚ) 1775/2005».

142. Βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΔΕΕ 34/73, Variola v. Amministrazione Italiana Delle Finanze, Συλλ. τόμος 1972-1973, σελ. 657, σκ. 8 και Απόφαση ΔΕΕ 39/72, Commission v. Italy, Συλλ. 1973, σελ. 377, σκ. 17 και 20.

143. Βλ. σχετικά και υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101318/30.11.2009 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ, σελ. 11 και 32. Βλ. επίσης σχετικά και το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105639/21.1.2010 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ, σελ. 10, όπου ο ΔΕΣΦΑ αναφέρει ότι δεν μπορεί να συνάψει Σύμβαση Μεταφοράς, Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ και Εγκαταστάσεων Αποθήκευσης κατά τη μεταβατική περίοδο μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, αν προηγουμένως δεν έχει εκδοθεί το σχετικό κανονιστικό πλαίσιο των άρθρων 9 παρ. 5 (ως ίσχυε) και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 για την μεταβατική περίοδο, που θα καθόριζαν αφενός τα κριτήρια προσωρινής διαχείρισης του ΕΣΦΑ, τον τρόπο εξασφάλισης της αποδοτικότητας του ΕΣΦΑ και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των χρηστών και αφετέρου τους όρους και το περιεχόμενο των σχετικών συμβάσεων.

αυτή δεν εμπόδισε (και ορθά) τον ΔΕΣΦΑ να παράσχει στη ΔΕΠΑ τη δυνατότητα χρήσης των εγκαταστάσεων ΥΦΑ στο πλαίσιο της μεταξύ τους συναφθείσας υπ' αριθμ. Τ-0001 από 21.12.2007 σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου[144]. Εξάλλου, το άρθρο 9 παρ. 5 εδάφιο α΄ του Ν. 3428/2005, προέβλεπε σαφώς, ότι «Μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, η διαχείριση αυτού γίνεται με βάση τις εφαρμοζόμενες διαδικασίες και πρακτικές της ΔΕΠΑ ΑΕ, εκτός εάν προβλέπεται διαφορετικά στις διατάξεις του νόμου αυτού». Συνεπώς, ο ΔΕΣΦΑ θα μπορούσε να προβεί στη σύναψη της απαιτούμενης σύμβασης με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ και να χρησιμοποιήσει ως «πρότυπο» τη συναφθείσα ήδη σύμβαση με τη ΔΕΠΑ.

131. Αντίθετα, ο ΔΕΣΦΑ παραδέχθηκε την προνομιακή και αποκλειστική χρήση των εγκαταστάσεων ΥΦΑ από τη ΔΕΠΑ στο πλαίσιο της μεταξύ τους συναφθείσας σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου. Επιβεβαιωτική είναι στο σημείο αυτό η παραδοχή του μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ [...] κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ[145], ο οποίος κατέθεσε, ότι «δεν υπήρχαν ορισμένοι θεσμοθετημένοι όροι πρόσβασης αλλά στη ΔΕΠΑ έδιναν πρόσβαση ουσιαστικά με τις πρακτικές που ακολουθούσαν ως ενιαία εταιρία και στο τέλος κάθε χρόνου υπέγραφαν απολογιστικά για τη χρήση την οποία έκαναν το προηγούμενο έτος». Και ενώ αυτή ήταν η τακτική του ΔΕΣΦΑ προς τη ΔΕΠΑ «γιατί ο χρήστης ήταν ένας», αντίθετα, κατά τον ίδιο, «στην περίπτωση που θα έρθει τρίτος χρήστης θα πρέπει ουσιαστικά να προτείνει και αυτός εκείνους τους όρους προς τη ΡΑΕ και στον Υπουργό, οι οποίοι θα καταστήσουν διαφανή την πρόσβαση και την παροχή υπηρεσιών και τους όρους βέβαια».

132. Συναφώς, ο ΔΕΣΦΑ ισχυρίσθηκε[146] ότι η παροχή υπηρεσιών χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ελλείψει προτύπου σύμβασης, θα δημιουργούσε σημαντικά προβλήματα, τόσο στην ομαλή τροφοδοσία της αγοράς φυσικού αερίου όσο και στην εύρυθμη λειτουργία του ΕΣΦΑ, όπως ο αποκλεισμός τρίτων χρηστών και η δημιουργία συμφόρησης. Την ανωτέρω θέση του αιτιολόγησε ο ΔΕΣΦΑ με την αναφορά, ότι δεν υφίστανται περιορισμοί ή μηχανισμοί διαχείρισης των αποθεμάτων ΥΦΑ, π.χ. δεν υφίστανται κανόνες συναλλαγών μεταξύ περισσοτέρων χρηστών αναφορικά με το μέγιστο επιτρεπόμενο χρόνο προσωρινής αποθήκευσης φορτίων ΥΦΑ στις δεξαμενές του τερματικού σταθμού, ούτε υποχρεωτικοί κανόνες αεριοποίησης προκειμένου να εξυπηρετούνται φορτία προερχόμενα από διάφορους χρήστες εντός της ίδιας χρονικής περιόδου[147].

133. Σχετικός με τα ανωτέρω είναι και ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ περί τεχνικής αδυναμίας διαχείρισης της εγκατάστασης ΥΦΑ σε περίπτωση που δινόταν πρόσβαση και σε δεύτερο χρήστη, πέραν της ΔΕΠΑ, για λόγους που αφορούν τον υπολογισμό των διαθέσιμων ποσοτήτων. Οι ισχυρισμοί αυτοί δεν κρίνονται πειστικοί. Και αυτό, καταρχάς διότι τεχνικά υπήρχε η δυνατότητα υπολογισμού της ήδη υπάρχουσας στις εγκαταστάσεις ποσότητες ΦΑ που αποθήκευε η ΔΕΠΑ[148]. Επομένως, με τον υπολογισμό είτε του συνολικού φορτίου μετά την εκφόρτωση, είτε της ποσότητας που θα εισέρεε στις αποθήκες της Ρεβυθούσας κατά την εκφόρτωση του φορτίου της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ θα ήταν γνωστή η ποσότητα που αναλογεί σε κάθε χρήστη. Το ΦΑ αποτελεί άλλωστε ομοιογενές προϊόν, το οποίο είναι δυνατόν να εκχύνεται στο ΕΣΦΑ από διαφορετικούς προμηθευτές και να παραλαμβάνεται από τους εκάστοτε καταναλωτές του, χωρίς να είναι απαραίτητη η διακρίβωση ότι το συγκεκριμένο φορτίο εκχύθηκε στο ΕΣΦΑ από τον συγκεκριμένο πελάτη (του προμηθευτή) που το παραλαμβάνει. Εξάλλου, ο ΔΕΣΦΑ δεν επικαλέστηκε και οποιαδήποτε τεχνολογική αναβάθμιση των εγκαταστάσεων της Ρεβυθούσας όταν πλέον δόθηκε η πρόσβαση και σε άλλους χρήστες πέραν της μητρικής της εταιρίας ΔΕΠΑ, η οποία και κατά το επίδικο διάστημα το χρησιμοποιούσε κατά αποκλειστικότητα.

134. Περαιτέρω, οι ανωτέρω ισχυρισμοί κρίνονται προσχηματικοί, και για το λόγο ότι ο ΔΕΣΦΑ, όπως αποδείχθηκε, είχε στη διάθεσή του σχέδιο Κώδικα, το οποίο είχε επεξεργαστεί και είχε προτείνει στη ΡΑΕ, από όπου ανέμεναν την τυπική έγκριση. Επομένως, εάν θα προέκυπταν τεχνικά προβλήματα προκειμένου ή κατά την παροχή πρόσβασης, ο ΔΕΣΦΑ είχε επεξεργαστεί ήδη συγκεκριμένους μηχανισμούς διαχείρισης αυτών. Αυτό παραδέχθηκε, εξάλλου, ο μάρτυρας του ΔΕΣΦΑ [...] κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ[149]: «[...]: Τα συγκεκριμένα ζητήματα αφορούν τη ρύθμιση της ίδιας της εγκατάστασης, δεν είναι μόνο αυτό που αναφέρετε είναι πολλά περισσότερα. Όλα αυτά αναφέρονται στον Κώδικα, τα ξεκαθαρίζει ο Κώδικας, τα ξεκαθαρίζει και το σχέδιο του κώδικα το οποίο είχε δημοσιευθεί και είχε βγει σε δημόσια διαβούλευση. Οι ρυθμίσεις δηλαδή, οι οποίες θα έπρεπε να λάβουν χώρα για να υπάρχει δυνατότητα πρόσβασης τρίτων στην εγκατάσταση ΥΦΑ ήταν

144. Βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105636/20.1.2010 επιστολή (απόψεις) της ΔΕΠΑ προς τη ΡΑΕ, σελ. 26, όπου αναφέρεται ότι: «Ειδικότερα δεν υφίσταται μεταξύ του ΔΕΣΦΑ και της "ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ" σύμβαση μεταφοράς ή χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ ή Χρήσης Εγκατάστασης Αποθήκευσης, πολλώ δε μάλλον αφού καν δεν υφίσταται Πρότυπη και άρα εκ των προτέρων γνωστή, ως προς το περιεχόμενό της, στους τρίτους Σύμβαση, κατ' εφαρμογή των προβλεπόμενων στο άρθρο 8 παρ. 2 περίπτωση α) του ν. 3428/2005. Αντιθέτως, η εταιρία μας - ΔΕΠΑ έχει τα ανωτέρω δικαιώματα δυνάμει της από 27.12.2007 Σύμβασης Μεταφοράς, την οποία έχει συνάψει με την ΔΕΣΦΑ ΑΕ, σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 5 εδάφιο α΄ του ν. 3428/2005, κατ' εφαρμογή της οποίας: "Μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, η διαχείριση αυτού γίνεται με βάση τις εφαρμοζόμενες διαδικασίες και πρακτικές της ΔΕΠΑ ΑΕ, εκτός εάν προβλέπεται διαφορετικά στις διατάξεις του νόμου αυτού"» [...].

145 Βλ. τα απομαγνητοφωνημένα πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 51 επ.

146 Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101318/30.11.2009 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ, σελ. 31-33 και υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105639/21.1.2010 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ, σελ. 40-42.

147 Βλ. σχετικά και το από 4.10.2010 Υπόμνημα (σελ. 2) που προσκόμισε κατά την κατάθεσή [...] ενώπιον της ΓΔΑ [...]), όπου αναφέρεται ότι «... Άλλωστε, ο αποθηκευτικός χώρος της Ρεβυθούσας είναι περιορισμένος και ενδεχόμενη πρόσβαση και δεύτερου χρήστη χωρίς κανόνες που θα ρυθμίζουν θέματα προγραμματισμού εκφορτώσεων και μέγιστου χρόνου παραμονής ενός φορτίου στη δεξαμενή, θα δημιουργούσε χαώδεις καταστάσεις και θα απειλούσε την ασφάλεια τροφοδοσίας των καταναλωτών Φ.Α... Θα μπορούσε δηλ. κάποιος να φέρει ένα φορτίο και να το αφήσει επί μακρόν στις δεξαμενές, εμποδίζοντας την πρόσβαση των ανταγωνιστών του και διακόπτοντας τελείως τη ροή Φ.Α από τον σταθμό της Ρεβυθούσας, ο δε ΔΕΣΦΑ, χωρίς τον Κώδικα, δεν θα μπορούσε να αντιδράσει. Ούτε θα ήταν δυνατός ο επιχειρησιακός σχεδιασμός των χρηστών, αφού χωρίς κανόνες θα εκφόρτωνε όποιος ελλιμένιζε πρώτος το πλοίο του. Καταστάσεις παράλογες που θα εξέθεταν την Ελλάδα σε όλον τον κόσμο...».

148. Βλ. σχετικά και την παραδοχή του μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ [...], κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ, στα απομαγνητοφωνημένα πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 50.

149 Βλ. παραδοχή του μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ [...], στα απομαγνητοφωνημένα πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 40 επ.

ήδη γνωστές σε όλους τους χρήστες. Ε. ΤΡΟΥΛΗ: Άρα γνωρίζατε με ποιον τρόπο θα μπορούσατε να [δώσετε] πρόσβαση; Γνωρίζατε, απλώς περιμένατε μια τυπική επιβεβαίωση, αλλά υπήρχε λύση, την είχατε σχεδιάσει και την είχατε προτείνει. [...]: Την είχαμε προτείνει στη ΡΑΕ, με τον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ».

135. Μάλιστα, και ως προς τον ισχυρισμό του ΔΕΣΦΑ περί έλλειψης τιμολογίου εποχιακού χρήστη, ως λόγο για τη μη ικανοποίηση του αιτήματος της καταγγέλλουσας για πρόσβαση στο δίκτυο[150], η ΡΑΕ με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της[151], καθώς και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ο-38948/4.1.2010 επιστολή της προς τον ΔΕΣΦΑ τον απορρίπτει, (επί τη βάσει και της σχετικής υπ' αριθμ. 4404/18.12.2009 απόφασής της), διευκρινίζοντας ότι «...σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να συγχέεται η έννοια του "Εποχιακού Χρήστη" με χρήστη ο οποίος δεσμεύει διαθέσιμη δυναμικότητα για μία φορά σε βραχυχρόνια βάση, για την εξυπηρέτηση, κατά το αντίστοιχο χρονικό διάστημα, καταναλωτή ο οποίος δεν εμφανίζει εποχικό προφίλ κατανάλωσης. Στην τελευταία περίπτωση, συνεπώς, η τιμολόγηση των υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου πραγματοποιείται σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις της ως άνω υπουργική απόφαση υπ' αριθμ. 4955/2006 «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ» (ΦΕΚ Β΄ 360/27.3.2006), κι όχι με τις διατάξεις τιμολογίου «Εποχιακών Χρηστών»[152].

136. Εξάλλου, όπως τουλάχιστον προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, και επιβεβαιώθηκε από την ακροαματική διαδικασία, ο ΔΕΣΦΑ ουδέποτε έθεσε τα ζητήματα αυτά προς διαπραγμάτευση στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπως θα μπορούσε, προκειμένου να βρεθεί μια λύση για την τιμολόγηση των εν λόγω αιτούμενων υπηρεσιών, ούτε προσέφερε, όπως όφειλε σύμφωνα με τις διατάξεις του δικαίου του ανταγωνισμού οποιαδήποτε εναλλακτική λύση στην Καταγγέλλουσα, προκειμένου να εξασφαλίσει την πρόσβασή της στην ουσιώδη διευκόλυνση που διαχειρίζονταν, όπως π.χ. τη δυνατότητα εκ των υστέρων εκκαθάρισης της συναλλαγής, ώστε ακόμα και αν ήθελε να διασφαλίσει ότι αυτή θα πλήρωνε το όποιο κόστος προέκυπτε με την ψήφιση ενός τιμολογίου[153]. Αντιθέτως, επέμενε να δημιουργεί προσκόμματα και να παράσχει τις υπηρεσίες του με μεροληψία και διακρίσεις μεταξύ των χρηστών, εμποδίζοντας την πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο ΕΣΦΑ, ενώ ως Διαχειριστής του δικτύου όφειλε να παράσχει σε όλους τους Χρήστες - εν προκειμένω στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ και όχι μόνο στην ανταγωνίστρια αυτής ΔΕΠΑ[154] - πρόσβαση στην εγκατάσταση ΥΦΑ υπό τους ίδιους όρους, συνάπτοντας με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ σχετική σύμβαση[155].

137. Πέρα από την έλλειψη κανονιστικού πλαισίου, ο ΔΕΣΦΑ επικαλέσθηκε[156], επίσης, την ανάγκη εφαρμογής στην προκειμένη περίπτωση των μεταβατικών διατάξεων του άρθρου 9 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, σχετικά με τη διαδικασία ρύθμισης θεμάτων διαχείρισης του ΕΣΦΑ από τον Υπουργό Ανάπτυξης, ύστερα από γνώμη της ΡΑΕ και κατόπιν υποβληθείσας αναφοράς από Χρήστη και του άρθρου 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005, σχετικά με τη διαδικασία σύναψης, το περιεχόμενο και τους όρους των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του ΕΣΦΑ με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, κατόπιν γνώμης της ΡΑΕ[157]. Ισχυρίστηκε,

150 Βλ. σχετικά και την υπ΄αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027290/9.11.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπου ο ΔΕΣΦΑ είχε επικαλεστεί ότι δεδομένης της έλλειψης τιμολογίου εποχιακού χρήστη δεν ήταν δυνατή η σύναψη σύμβασης μεταφοράς με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ διάρκειας μικρότερης του έτους.

151 Βλ. αναλυτικότερα σελ. 21-23 της απόφασης. Επισημαίνει δε η ΡΑΕ στην υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της ότι το ως άνω ζήτημα της έλλειψης τιμολογίου «εποχιακού χρήστη» εγέρθηκε από τον ΔΕΣΦΑ στο υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101977/8.12.2009 έγγραφό του προς τη ΡΑΕ (αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 28056/7.12.2009), δηλαδή όταν ο ΔΕΦΣΑ είχε ήδη αποφασίσει την αποδέσμευση της δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», υπέρ της καταγγέλλουσας, με την υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του.

152 Βλ. σχετικά και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ο-37515/14.10.2009 επιστολή της ΡΑΕ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπου αναφέρεται ότι «..ο ΔΕΣΦΑ υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση υπό τους ίδιους όρους σε όλους τους ενδιαφερόμενους, χρεώνοντας τη σχετική υπηρεσία με τα ισχύοντα τιμολόγια».

153 Βλ. παραδοχή του μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ [...], στα απομαγνητοφωνημένα πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 48.

154 Υπενθυμίζεται ότι ο Ν. 3428/2005 ρητά προέβλεπε ότι ο ΔΕΣΦΑ όφειλε να παρέχει τις υπηρεσίες του «...με διαφάνεια, αμεροληψία και χωρίς διακρίσεις μεταξύ των Χρηστών...όπως διακρίσεις υπέρ των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων, των μετόχων τους ή των θυγατρικών εταιρειών τους» (άρθρο 8 παρ. 2 περ. ια, ως ίσχυε) και κατά τρόπο «...ώστε να προάγεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός στην αγορά φυσικού αερίου...» (άρθρο 5 περ. γ, ως ίσχυε).

155 Επισημαίνεται, συμπληρωματικά, ότι ο ΔΕΣΦΑ με τις υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027290/9.11.2009 και 027349/10.11.2009 επιστολές του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είχε αναφέρει ότι δεν υπήρχαν τεχνικά προβλήματα αναφορικά με τις προδιαγραφές της ποιότητας του φορτίου και την πιστοποίηση του φέροντος αυτό πλοίου.

156 Πρόταση την οποία για πρώτη φορά προέβαλε με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 205/24.11.2009 επιστολή του προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, σελ. 4-5. Βλ. σχετικά και το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101318/30.11.2009 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ, σελ. 30.

157 Υπενθυμίζεται ότι στο άρθρο 9 παρ. 5 του Ν. 3428/2005 οριζόταν ότι «Μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης του Ε.Σ.Φ.Α., η διαχείριση αυτού γίνεται με βάση τις εφαρμοζόμενες διαδικασίες και πρακτικές της Δ.Ε.Π.Α. Α.Ε., εκτός εάν προβλέπεται διαφορετικά στις διατάξεις του νόμου αυτού. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνώμη της ΡΑΕ και κατόπιν αναφοράς που υποβάλλεται από Χρήστη, ρυθμίζονται προσωρινώς θέματα διαχείρισης του ΕΣΦΑ, για να διασφαλίζεται ότι η διαχείριση αυτού διενεργείται με διαφανή, αντικειμενικά και αμερόληπτα κριτήρια και να επιτυγχάνεται ταυτόχρονα η ασφάλεια, η αξιοπιστία και η αποδοτικότητα του ΕΣΦΑ, χωρίς διακρίσεις μεταξύ Χρηστών». Περαιτέρω, στο άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 ορίζεται ότι: «Μέχρι την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 9 και την έγκριση των πρότυπων συμβάσεων Μεταφοράς και Χρήσης Εγκατάστασης Αποθήκευσης, κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 8, για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης στο ΕΣΦΑ και τη χρήση αυτού συνάπτονται συμβάσεις ορισμένου χρόνου μεταξύ της ΔΕΠΑ Α.Ε και των προσώπων του έχουν δικαίωμα πρόσβασης στο ΕΣΦΑ. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, μετά από σύμφωνη γνώμη της ΡΑΕ, καθορίζονται η διαδικασία σύναψης, το περιεχόμενο και οι όροι των συμβάσεων αυτών». Υπενθυμίζεται ότι, όπου στη διάταξη της παρ. 5 του ανωτέρω άρθρου 40 αναφέρεται η ΔΕΠΑ ΑΕ, μετά τη σύσταση του οικείου Διαχειριστή (Π.Δ. 33/2007), νοείται η ΔΕΣΦΑ ΑΕ, στην οποία έχει μεταβιβαστεί ο κλάδος του ΕΣΦΑ (άρθρο 7 παρ. 3 Ν. 3428/2005). Τέλος, στο άρθρο 8 παρ. 2 περ. α Ν. 3428/2005 προβλεπόταν ότι: «2. Στο πλαίσιο των ανωτέρω υποχρεώσεών του ο ΔΕΣΦΑ ΑΕ: α) Παρέχει στους Χρήστες πρόσβαση στο ΕΣΦΑ με τον πλέον οικονομικό, διαφανή και άμεσο τρόπο και για όσο διάστημα επιθυμούν, χωρίς να θέτει σε κίνδυνο την ομαλή και ασφαλή λειτουργία του ΕΣΦΑ. Για το σκοπό αυτό συνάπτει με τους Χρήστες Συμβάσεις Μεταφοράς, Συμβάσεις Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ και Συμβάσεις Χρήσης Εγκατάστασης Αποθήκευσης, σύμφωνα με πρότυπες συμβάσεις, οι οποίες καταρτίζονται και δημοσιεύονται από το ΔΕΣΦΑ ΑΕ στην ιστοσελίδα του, μετά από έγκριση της ΡΑΕ. Ο ΔΕΣΦΑ ΑΕ μπορεί να αρνηθεί την παροχή πρόσβασης στο ΕΣΦΑ μόνο για λόγους έλλειψης δυναμικότητας, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ ή αν η πρόσβαση στο Σύστημα ενδέχεται να εμποδίζει το ΔΕΣΦΑ ΑΕ να εκπληρώνει τις υποχρεώσεις παροχής υπηρεσιών κοινής ωφελείας που του έχουν ανατεθεί. Η άρνηση παροχής πρόσβασης αιτιολογείται ειδικά και ενημερώνεται σχετικά ο ενδιαφερόμενος Χρήστης και η ΡΑΕ. Άρνηση πρόσβασης επιτρέπεται, εφόσον έχει τηρηθεί η διαδικασία που προ-

συγκεκριμένα, ότι σε περίπτωση κατά την οποία είχε εξασφαλισθεί η συναίνεση της ΔΕΠΑ για την αποδέσμευση της αιτηθείσας δυναμικότητας, θα όφειλε, τόσο η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ όσο και η ΡΑΕ να προβούν στις προβλεπόμενες από το νόμο (βλ. προαναφερόμενα άρθρα) ενέργειες για τη θέσπιση των προσωρινών ρυθμίσεων, ώστε να μην παρακωλύεται η πρόσβαση στο ΕΣΦΑ[158].

138. Καταρχάς, όπως έχει ήδη επισημανθεί και αναφέρεται και κατωτέρω, δεν απαιτούνταν η συναίνεση της ΔΕΠΑ για την αποδέσμευση της δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG». Για το λόγο αυτό, άλλωστε, και ο ίδιος ο ΔΕΣΦΑ, ενώ αρχικά επικαλέσθηκε ότι η ικανοποίηση του αιτήματος της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προϋπέθετε τη συναίνεση της ΔΕΠΑ, στη συνέχεια ανακάλεσε τη θέση του αυτή εκδίδοντας την υπ' αριθμ. πρωτ. 210/30.11.2009 απόφασή του για την αποδέσμευση της εν λόγω μεταφορικής ικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 5 του Ν. 3428/2005, ως ίσχυε. Περαιτέρω, κατ' εφαρμογή των μεταβατικών διατάξεων, είχαν ήδη εκδοθεί την επίμαχη χρονική περίοδο τόσο η Υ.Α. 4955/2006 («Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ»), όσο και η Υ.Α. Δ1/1227/18.01.2007 («Καθορισμός διαδικασίας σύναψης, περιεχομένου και όρων των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Φυσικού αερίου»), βάσει των οποίων είχε άλλωστε συναφθεί και η υπ' αριθμ. Τ-0001/21.12.2007 σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου μεταξύ ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ[159].

139. Βεβαίως, σύμφωνα με τον ΔΕΣΦΑ[160], η έκδοση μόνο των ανωτέρω Υ.Α. δεν υποκαθιστούσε το ελλείπον, κατά τα λοιπά, κανονιστικό πλαίσιο, καθότι οι ανωτέρω Υ.Α. δεν ρύθμιζαν το ζήτημα της διαχείρισης, πρόσβασης και χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ, ενώ οι, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο ακολουθούμενες διαδικασίες και πρακτικές διαχείρισης της εγκατάστασης ΥΦΑ ήταν προσαρμοσμένες για την πρόσβαση ενός Χρήστη (της ΔΕΠΑ), ως εκ του νόμου μοναδικού χρήστη της εγκατάστασης ΥΦΑ, κατά τις διατάξεις του άρθρου 9 παρ. 5 Ν. 3428/2006, όπως ίσχυε, και αναφέρει ο ΔΕΣΦΑ.

140. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, η ερμηνεία του υφιστάμενου, κατά την επίμαχη περίοδο, ρυθμιστικού πλαισίου (και εν προκειμένω των άρθρων 9 παρ. 5 και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε) δεν μπορεί να γίνεται κατά τρόπο που να ματαιώνει το δικαίωμα πρόσβασης των χρηστών στο δίκτυο και να εξαρτά την ικανοποίησή του από την έκδοση ή μη κάποιου εθνικού κανονιστικού μέτρου[161].

141. Επισημαίνεται, ότι ο ΔΕΣΦΑ υπέβαλε στη ΡΑΕ προτεινόμενο σχέδιο πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005, μόλις την 9.12.2009[162], αφού πλέον είχε αποπλεύσει από τη Ρεβυθούσα το πλοίο που μετέφερε Υ.Φ.Α για λογαριασμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, χωρίς να εκφορτώσει. Στο σχέδιο αυτό, ο ΔΕΣΦΑ ανέφερε ότι έως την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, ο ίδιος μπορεί να καταρτίζει συμβάσεις ορισμένου χρόνου για ρυθμιζόμενες δραστηριότητες με την τήρηση της διαδικασίας

βλέπεται στο άρθρο 27 της Οδηγίας 2003/55/ΕΚ και στην περίπτωση κατά την οποία συντρέχουν σοβαρές οικονομικές και χρηματοοικονομικές δυσχέρειες, λόγω συμβάσεων που περιέχουν ρήτρες υποχρεωτικής αγοράς ανεξαρτήτως παραλαβής».

158 Σχετική, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 5 Ν. 3428/2005 (ως ίσχυε), αναφορά - αίτηση υπέβαλε η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με την από 25.11.2009 επιστολή της προς το Υπουργείο Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής (αρ. πρωτ. 6905/25.11.2009), κατόπιν υπόδειξης του ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 205/24.11.2009 επιστολή του. Σύμφωνα δε με τη ΡΑΕ (υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση, σελ. 10), μέχρι το χρόνο κατά τον οποίο έλαβαν χώρα τα πραγματικά περιστατικά της υπό εξέταση υπόθεσης, δεν είχε εκδοθεί τέτοια Υ.Α.

159 Σύμφωνα και με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ (σελ. 11), το άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 είχε σκοπό να καλύψει την μεταβατική περίοδο μέχρι την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ και την έγκριση των πρότυπων συμβάσεων Μεταφοράς και Χρήσης Εγκατάστασης Αποθήκευσης. Για το λόγο αυτό προέβλεπε τη σύναψη συμβάσεων πρόσβασης με τη ΔΕΠΑ. Μετά την ίδρυση του ΔΕΣΦΑ, κατέστη συνεπώς ανενεργός, ως προς το σημείο αυτό, ωστόσο, δυνάμει της εξουσιοδότησης της διάταξης αυτής, είχε εκδοθεί η μοναδική πρότυπη σύμβαση (μεταφοράς), ήδη πριν το κρίσιμο χρονικό διάστημα, ήτοι η υπ' αριθμ. Δ1/1227/18.1.2007 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, σχετικά με τον «Καθορισμό διαδικασίας, σύναψης, περιεχομένου και όρων των συμβάσεων για την άσκηση του δικαιώματος πρόσβασης και για τη χρήση του ΕΣΦΑ» (ΦΕΚ Β΄ 135).

160 Βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 423/25.7.2011 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την ΕΑ, με θέμα «Παροχή στοιχείων», σελ. 10-11, την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 047607/28.11.2011 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την Ε.Α, με θέμα «Παροχή στοιχείων», σελ. 5-6 και το επεξηγηματικό, της κατάθεσής [...] ενώπιον της ΓΔΑ, σημείωμα (σελ. 13-14) που υπέβαλε [...], με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 356/19.10.2010 επιστολή.

161 Όπως, άλλωστε, προαναφέρθηκε, η ελευθερία πρόσβασης στο δίκτυο αποτελεί κεντρικό άξονα αλλά και προϋπόθεση της απελευθέρωσης της αγοράς φυσικού αερίου. Ως κανόνας τίθεται το δικαίωμα πρόσβασης των χρηστών στο δίκτυο, ενώ η άρνηση παροχής είναι κατ' εξαίρεση δυνατή μόνο αιτιολογημένα και για τους περιοριστικά αναφερόμενους στο νόμο λόγους. Περαιτέρω, η πρόσβαση παρέχεται στους χρήστες με τον πλέον οικονομικό, διαφανή και άμεσο τρόπο και για όσο χρόνο επιθυμούν, εφόσον δεν τίθεται σε κίνδυνο η ομαλή και ασφαλής λειτουργία του ΕΣΦΑ. Η άρνηση παροχής πρόσβασης στο ΕΣΦΑ προβλέπεται μόνο ως εξαίρεση υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στο νόμο. Όπως έκρινε αρμοδίως και η ΡΑΕ για το συγκεκριμένο ζήτημα με την υπ'αριθμ. 1175/2010 απόφασή της, τυχόν άρνηση της κατ' αρχήν ελεύθερης πρόσβασης στο δίκτυο φυσικού αερίου αντιμετωπίζεται ως εξαίρεση, που ερμηνεύεται συσταλτικά. Οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 8 παρ. 2α Ν. 3428/2005 (ως ίσχυε) τρεις λόγοι, για τους οποίους ο ΔΕΣΦΑ μπορούσε να αρνηθεί την παροχή πρόσβασης στο ΕΣΦΑ, ήτοι: (α) έλλειψη δυναμικότητας, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, (β) αδυναμία εκπλήρωσης από τον ΔΕΣΦΑ υποχρεώσεων παροχής υπηρεσιών κοινής ωφελείας που του έχουν ανατεθεί και (γ) σοβαρές οικονομικές και χρηματοοικονομικές δυσχέρειες, λόγω συμβάσεων που περιέχουν ρήτρες υποχρεωτικής αγοράς ανεξαρτήτως παραλαβής, υπόκεινται σε αυστηρά ερμηνευόμενες προϋποθέσεις, λόγω της ανταγωνιστικής κατεύθυνσης της κλαδικής ρύθμισης. Εν προκειμένω, όπως έκρινε αρμοδίως η ΡΑΕ στην ανωτέρω απόφαση (σελ. 15), δεν τυγχάνει εφαρμογής καμία από τις προαναφερθείσες τρεις (3) περιπτώσεις. Συγκεκριμένα: 1. Η αναφερόμενη ανωτέρω έλλειψη δυναμικότητας αφορά σε φυσική και όχι συμβατική έλλειψη, 2. Ζήτημα παρεμπόδισης υποχρεώσεων κοινής ωφέλειας δεν ανέκυψε στην εν λόγω υπόθεση και 3. Αν και γίνεται επίκληση σοβαρών οικονομικών και χρηματοοικονομικών δυσχερειών λόγω ρητρών «take or pay» (τις οποίες πρέπει να σημειωθεί ότι κατά κύριο λόγο επικαλείται η ΔΕΠΑ, ως Προμηθευτής, κι όχι ο ΔΕΣΦΑ), η περίπτωση αυτή προϋποθέτει την τήρηση της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 27 Οδηγίας 2003/55/ΕΚ, ως ίσχυε, η οποία προέβλεπε χορήγηση ρητής και αιτιολογημένης παρέκκλισης από το κράτος-μέλος ή την αρμόδια αρχή, με κοινοποίηση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή και δημοσίευση, και η οποία (διαδικασία) δεν ακολουθήθηκε στην προκειμένη περίπτωση (Βλ. και Commission Staff Working Document on the Decision C-1703 of 7 June 2005 of CJE and preferential access to transport networks under the electricity and gas internal markets directives, SEC (2006) 547).

162 Με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-102203/9.12.2009 επιστολή του. Στο ανωτέρω προτεινόμενο από το ΔΕΣΦΑ σχέδιο πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ απάντησε η ΡΑΕ με την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ο-39657/29.1.2010 επιστολή της με θέμα «Μη έγκριση των Προτύπων Συμβάσεων Υπηρεσιών Μεταφοράς και Χρήσης Εγκατάστασης Υ.Φ.Α. που υποβλήθηκαν από τον ΔΕΣΦΑ ΑΕ», επισυνάπτοντας σχέδια προτύπων συμβάσεων που είναι συμβατά, σύμφωνα με τη ΡΑΕ, με τον Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ. Αργότερα, όπως προαναφέρθηκε, εκδόθηκε σχετικά η υπ' αριθμ. 611/9.4.2010 απόφαση της ΡΑΕ περί έγκρισης των συμβάσεων μεταφοράς φυσικού αερίου και χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ και τη χρήση των εγκαταστάσεων αποθήκευσης (ΦΕΚ Β΄ 480/20.4.2010, «Πρότυπες Συμβάσεις»). Προσφάτως δε, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 126/2012 απόφαση της ΡΑΕ με θέμα «Έγκριση συμβάσεων Μεταφοράς Φυσικού Αερίου & Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ που υποβλήθηκαν από τον ΔΕΣΦΑ ΑΕ» (ΦΕΚ Β΄ 907/23.3.2012).

που προβλέπεται στο άρθρο 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005[163], ήτοι με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, με την οποία καθορίζονται η διαδικασία σύναψης, το περιεχόμενο και οι όροι των συμβάσεων αυτών και η οποία εκδίδεται κατόπιν σύμφωνης γνώμης της ΡΑΕ.

142. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι, όπως προαναφέρθηκε, το υφιστάμενο, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, κανονιστικό πλαίσιο ήταν επαρκές για να επιτρέψει στον ΔΕΣΦΑ την τήρηση των ρυθμιστικών του υποχρεώσεων για τη διασφάλιση της ελεύθερης πρόσβασης χρηστών στο δίκτυο, επισημαίνεται ότι η σχετική υποχρέωση του ΔΕΣΦΑ για κατάρτιση και δημοσίευση από αυτόν, μετά από έγκριση της ΡΑΕ, πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ απέρρεε ευθέως από τις διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 2 (α) και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 και ουδόλως απαιτούνταν προς τούτο, η προηγούμενη υποβολή αναφοράς από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπως ισχυρίζεται ο ΔΕΣΦΑ[164].

143. Περαιτέρω, ο ΔΕΣΦΑ αναφέρει ότι εν όψει της καθυστέρησης στην έγκριση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ από τη ΡΑΕ (όπως επικαλείται), ο ΔΕΣΦΑ απέστειλε στις 8.12.2009 σχέδιο πρότυπης σύμβασης (που περιείχε και τους κανόνες πρόσβασης), προκειμένου αυτό να εκδοθεί ως Υ.Α. και να καταστεί έτσι δυνατή σε σύντομο χρόνο η πρόσβαση τρίτων στην εγκατάσταση ΥΦΑ[165]. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι, όπως προαναφέρθηκε, βάσει του υφιστάμενου τότε κανονιστικού πλαισίου, ήταν δυνατή η διασφάλιση από το ΔΕΣΦΑ της ελεύθερης πρόσβασης χρηστών στο δίκτυο, ο ΔΕΣΦΑ μπορούσε, σε κάθε περίπτωση, να είχε προβεί στις προβλεπόμενες στα άρθρα 8 παρ. 2 (α) και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 ενέργειες και στην αποστολή του προαναφερόμενου σχεδίου πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ (αφού, κατά τους ισχυρισμούς του, με τον τρόπο αυτό θα καθίστατο δυνατή σε σύντομο χρόνο η πρόσβαση τρίτων στην εγκατάσταση ΥΦΑ[166]) χωρίς να αναμένει την προηγούμενη έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ. Επισημαίνεται τέλος ότι, η εν γένει απροθυμία της ΔΕΠΑ να υπογράψει με τον ΔΕΣΦΑ σύμβαση χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ, δε δικαιολογεί την καθυστέρηση του ΔΕΣΦΑ να προβεί στις προβλεπόμενες από τα άρθρα 8 παρ. 2 (α) και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 ενέργειες, ήτοι στην υποβολή προς έγκριση από τη ΡΑΕ σχεδίου πρότυπης σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ[167].

144. Λαμβανομένου υπόψη του συνόλου του οικείου νομοθετικού πλαισίου και των αρχών και υποχρεώσεων που επιτάσσει το ενωσιακό δίκαιο, δεν αποδεικνύεται ότι ο ΔΕΣΦΑ στερούνταν ικανού βαθμού διακριτικής ευχέρειας να ρυθμίσει αποτελεσματικά το ζήτημα που προέκυψε και αφορούσε, τόσο στην αποδέσμευση μεταφορικής ικανότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» όσο και στη διασφάλιση της δυνατότητας παραλαβής από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ του φορτίου από την εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας και εν συνεχεία τη μεταφορά του στο «Σημείο Εξόδου AdG», το οποίο εξυπηρετεί την ίδια αυτή εταιρία.

145. Οι διατάξεις του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, που, κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, ρύθμιζαν τις αρμοδιότητες του ΔΕΣΦΑ[168], σε συνδυασμό με τις θεμελιώδεις επιταγές του ενωσιακού δικαίου για τη λειτουργία μιας απελευθερωμένης αγοράς φυσικού αερίου, όπου κυριαρχεί η ελευθερία πρόσβασης χρηστών στο δίκτυο υπό ίσους όρους, διαφαίνονταν απολύτως επαρκείς για τη διασφάλιση της ελεύθερης πρόσβασης των χρηστών στο

163 Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-102203/9.12.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς τη ΡΑΕ με θέμα «Πρόσβαση τρίτων στην εγκατάσταση ΥΦΑ», σελ. 3 με συνημμένο σχέδιο σύμβασης. Η διάταξη του άρθρου 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005 δεν κάνει ρητή μνεία στις συμβάσεις Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ. Εντούτοις, μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η εν λόγω διάταξη μολονότι μνημονεύει μόνο τους λοιπούς δύο τύπους συμβάσεων του άρθρου 8 παρ. 2 (α) Ν. 3428/2005, ως ίσχυε, (μεταφοράς και χρήσης εγκατάστασης αποθήκευσης) καταλαμβάνει και την περίπτωση της Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ, αφού και οι τρεις τύποι συμβάσεων (Μεταφοράς, ΥΦΑ και Αποθήκευσης) αποτελούν μέρος του δικαιώματος πρόσβασης τρίτων στις υποδομές (βλ. σχετικά και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 205/24.11.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, σελ. 5).

164 Βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 423/25.7.2011 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την Ε.Α, με θέμα «Παροχή στοιχείων», σελ. 10-11, Βλ. και την υπ΄αριθμ. πρωτ. 7628/29.11.2011 απαντητική επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την Γ.Δ.Α, όπου αναφέρεται ότι «...Παρά ταύτα η εταιρεία "Αλουμίνιον Α.Ε.", αντί να ακολουθήσει την ανωτέρω εκ του νόμου προβλεπόμενη διαδικασία, ήτοι την υποβολή αιτήματος για έκδοση υπουργικής απόφασης για προσωρινή ρύθμιση θεμάτων διαχείρισης του Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου και για καθορισμό της διαδικασίας σύναψης σύμβασης για χρήση της εγκατάστασης ΥΦΑ (η υπογράμμιση του γράφοντος), προσέφυγε αφενός στη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (ΡΑΕ) καταγγέλλοντας την εταιρεία μας ισχυριζόμενη ότι δήθεν παρά τον νόμο, της αρνηθήκαμε την πρόσβασή της στο Εθνικό Σύστημα Φυσικού Αερίου και αφετέρου στα αρμόδια πολιτικά δικαστήρια ζητώντας να της επιτραπεί να εκφορτώσει το πλοίο της στις εγκαταστάσεις υγροποιημένου φυσικού αερίου της νήσου Ρεβυθούσας, πλην όμως το Μονομελές Πρωτοδικείο Πειραιά, αφού έλαβε υπόψη του όλα τα ανωτέρω, απέρριψε, με δύο αποφάσεις του, τα αιτήματα της εταιρίας αυτής». Σημειώνεται ότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι οι ανωτέρω αποφάσεις του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιά αφορούν στην υποβληθείσα από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ από 3.12.2009 με αριθμ. κατάθ. δικογρ. 8366/2009 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά του ΔΕΣΦΑ, με σωρευμένο αίτημα περί χορήγησης προσωρινής διαταγής, καθώς και στην από 3.12.2009 με αριθμ. κατάθ. δικογρ. 8412/2009 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ κατά των ΔΕΣΦΑ και ΔΕΠΑ, με αίτημα περί χορήγησης προσωρινής διαταγής.

165 Βλ. σχετικά το από 4.10.2010 Υπόμνημα που προσκόμισε κατά την κατάθεσή [...] ενώπιον της ΓΔΑ [...]), σελ. 4-5, όπου αναφέρει ότι «Εν όψει της καθυστέρησης στην έγκριση του Κώδικα, ο ΔΕΣΦΑ, στις 8/12/09, απέστειλε στη ΡΑΕ σχέδιο πρότυπης Σύμβασης (περιείχε και τους Κανόνες Πρόσβασης), προκειμένου αυτό να εκδοθεί ως Υ.Α. και να καταστεί έτσι δυνατή σε σύντομο χρόνο η πρόσβαση τρίτων στην Εγκατάσταση ΥΦΑ...».

166 Βλ. το προαναφερόμενο Υπόμνημα [...], όπου αναφέρει (σελ. 2) ότι «...Μέχρι την έκδοση του Κώδικα, ο Ν. 3428/05 προέβλεψε ότι η πρόσβαση στο Εθνικό Σύστημα μπορεί να ρυθμίζεται προσωρινώς με Υπουργικές Αποφάσεις (Υ.Α.), «μετά από αναφορά Χρήστη και γνώμη της ΡΑΕ» (άρθρο 9 παρ. 5 του νόμου). Δυνάμει των ανωτέρω συμβατικών διατάξεων του νόμου (βλ. και άρθρο 40 παρ. 5), εγκρίθηκε με Υ.Α. η Πρότυπη Σύμβαση Χρήσης του Συστήματος Μεταφοράς το έτος 2007. Δεν υπήρξε όμως παρόμοια Υ.Α για την Εγκατάσταση Υγροποιημένου Φυσικού Αερίου (ΥΦΑ) στη Ρεβυθούσα. Έτσι, μέχρι την έκδοση του Κώδικα (ή Πρότυπης Σύμβασης Χρήσης της Εγκατάστασης που θα περιείχε τους Κανόνες πρόσβασης), η πρόσβαση άλλων (πλην της ΔΕΠΑ) Χρηστών στο σταθμό ΥΦΑ της Ρεβυθούσας δεν ήταν δυνατή». Βλ. επίσης και την υπ' αριθμ. πρωτ. 8089/9.12.2011 επιστολή του ΔΕΣΦΑ όπου αναφέρεται ότι «Την 8.12.2009 και προκειμένου να δοθεί δυνατότητα και σε τρίτους Χρήστες (πλην ΔΕΠΑ) να αποκτήσουν πρόσβαση στην εγκατάσταση ΥΦΑ Ρεβυθούσας, απουσία Κώδικα (η υπογράμμιση του γράφοντος), ο Διαχειριστής εκπόνησε και προώθησε, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 028080/08.12.2009 επιστολή του, στη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας, σχέδιο πρότυπης Σύμβασης Χρήσης Εγκατάστασης ΥΦΑ, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 5 του άρθρου 40 του Ν. 3428/2005, αιτούμενος την άμεση έκδοση σχετικής Υπουργικής Απόφασης, μετά από σύμφωνη γνώμη της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας. Το σχετικό αίτημα του Διαχειριστή δεν ικανοποιήθηκε από τη Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας».

167 Βλ. σχετικά την προαναφερόμενη κατάθεση [...] που ανέφερε ότι «[...], παρά τις επανειλημμένες ειδοποιήσεις του ΔΕΣΦΑ προς τη ΔΕΠΑ, τόσο μέσω των τότε υπηρεσιακών παραγόντων του ΔΕΣΦΑ, [...], δεν κατέστη δυνατό, [...] να υπογραφεί σύμβαση χρήσης ΥΦΑ, με αποτέλεσμα να μην καθορισθούν ποτέ συμβατικά οι όροι χρήσης του ΥΦΑ (δηλ. ο χρόνος αποθήκευσης, ειδοποιήσεις έλευσης φορτίων κλπ.) από τη ΔΕΠΑ. Στην πράξη η ΔΕΠΑ ήταν ο μοναδικός χρήστης των εγκαταστάσεων της Ρεβυθούσας μέχρι και τον Μάιο του 2010».

168 Άρθρα 7, 8 και 12 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε, άρθρο 3 του Π.Δ. 33/2007 «Σύσταση Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε.».

δίκτυο. Προσέδιδαν δε στον ΔΕΣΦΑ την εξουσία να αποφασίσει αφενός την αποδέσμευση της συμβατικά δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας και αφετέρου τη σύναψη της απαραίτητης σύμβασης για τη δέσμευση από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ της αποδεσμευμένης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», καθώς και την πρόσβαση και χρήση από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ της εγκατάστασης ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα, ανεξαρτήτως της έλλειψης κανονιστικού κειμένου Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ ή των λοιπών προβλεπομένων κανονιστικών πράξεων[169].

146. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω εκτιμάται ότι δεν θα ήταν δυνατή η ανάγνωση και ερμηνεία του υφιστάμενου κατά την επίμαχη χρονική περίοδο ρυθμιστικού πλαισίου κατά τέτοιο τρόπο που να ματαιώνει το βασικό ενωσιακό κανόνα της διευκόλυνσης από το διαχειριστή της ελεύθερης και άνευ διακρίσεων πρόσβασης των χρηστών στο δίκτυο, ούτε κατά τρόπο που θα εξαρτούσε - ή θα ανέστελλε - τον ως άνω στόχο και άμεσο αποτέλεσμα του Κανονισμού από την (μη) έκδοση κάποιου εθνικού κανονιστικού μέτρου. Υπενθυμίζεται, άλλωστε, ότι οι επιταγές του ενωσιακού δικαίου αναπτύσσουν «άμεση ισχύ», σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, ενώ τα κράτη-μέλη δεν μπορούν να επικαλούνται και να επωφελούνται από τις όποιες δικές τους πλημμέλειες κατά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου ή τη μη έκδοση κανονιστικών πράξεων που αποσκοπούν στον λεπτομερειακό καθορισμό της εφαρμογής των κανόνων του ενωσιακού ή οικείου εθνικού δικαίου[170].

147. Συμπερασματικά αναφέρεται ότι δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η μη υιοθέτηση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ και των λοιπών κανονιστικών πράξεων στέρησε από τον ΔΕΣΦΑ τη διακριτική ευχέρεια αντιμετώπισης του αιτήματος πρόσβασης στο ΕΣΦΑ από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Αντιθέτως, συμπεραίνεται ότι ουδόλως επιβλήθηκε στον ΔΕΣΦΑ συγκεκριμένη συμπεριφορά, αλλά η εταιρεία αυτοβούλως αποφάσισε τη μη εκχώρηση της δεσμευμένης μεταφορικής ικανότητας στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με την αιτιολογία της έλλειψης επαρκούς κανονιστικού πλαισίου.

148. Επισημαίνεται συμπληρωματικά ότι αφού η συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ δεν επιβλήθηκε από εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες περιόρισαν κάθε περιθώριο αυτόβουλης δράσης της επιχείρησης, δεν τίθεται ζήτημα μη επιβολής κυρώσεων των άρθρων 2 Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ. Όπως έχει ήδη επισημανθεί, αν η θίγουσα τον ανταγωνισμό συμπεριφορά επιβάλλεται στις επιχειρήσεις από την εθνική νομοθεσία, ή αν η τελευταία διαμορφώνει ένα νομικό πλαίσιο το οποίο, από μόνο του, αποκλείει κάθε δυνατότητα ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των επιχειρήσεων, τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ δεν έχουν εφαρμογή. Αντίθετα, τα εν λόγω άρθρα μπορούν να εφαρμοσθούν, αν προκύπτει ότι η εθνική νομοθεσία αφήνει τη δυνατότητα ανταγωνισμού, ο οποίος ενδέχεται να εμποδίζεται, να περιορίζεται και να στρεβλώνεται από αυτόβουλη συμπεριφορά των επιχειρήσεων. Κατά την πάγια δε νομολογία του ΔΕΕ, το γεγονός ότι η απουσία ή ο περιορισμός του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά δημιουργείται ή ευνοείται από νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις δεν αποκλείει καθόλου τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ [171].

149. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, δεν υπήρχε θίγουσα τον ανταγωνισμό εθνική νομοθεσία που απέκλειε τη δυνατότητα αυτόβουλης συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ, αλλά πρόκειται για περίπτωση αυτόβουλης μη εφαρμογής από τον ΔΕΣΦΑ των προαναφερόμενων ενωσιακών διατάξεων που τυγχάνουν ευθείας και άμεσης εφαρμογής, ανεξάρτητα από τη θέσπιση ή μη εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών μέτρων, τα οποία εξειδικεύουν τις προβλεπόμενες στην ενωσιακή νομοθεσία υποχρεώσεις.

2. Άρνηση πρόσβασης για λόγους που ανάγονται στην ύπαρξη δεσμευμένης δυναμικότητας

150. Ο ΔΕΣΦΑ επικαλείται περαιτέρω, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, ότι η άρνηση πρόσβασης ειδικά στο «Σημείο Εξόδου AdG» οφείλετο στο γεγονός ότι η ΔΕΠΑ είχε ήδη δεσμεύσει την αιτούμενη από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ μεταφορική ικανότητα. Συγκεκριμένα, και όπως επίσης προαναφέρθηκε, δεν αμφισβητείται ότι η ΔΕΠΑ, με την υπ' αριθμ. Τ- 0001/21.12.2007 Σύμβαση Μεταφοράς Φυσικού Αερίου που έχει συνάψει με το Διαχειριστή, έχει δεσμεύσει στο «Σημείο Εξόδου AdG» μεταφορική ικανότητα παραλαβής ίση με το 80% της γενικά μέγιστης μεταφορικής ικανότητας παραλαβής στο σημείο αυτό έως και την 31.12.2012[172]. Κατά δήλωση δε της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ το 20% του σημείου εξόδου δεν επαρκούσε για να καλύψει τις ανάγκες της. Για το λόγο αυτό, η καταγγέλλουσα ζήτησε για το επίμαχο χρονικό διάστημα τη δέσμευση δυναμικότητας στο εν λόγω σημείο εξόδου ίσης με 21.439,17 MWh/Ημέρα (80% της τεχνικά μέγιστης μεταφορικής ικανότητας παραλαβής στο σημείο αυτό και ίση με αυτή που είχε ήδη δεσμεύσει η ΔΕΠΑ για την εξυπηρέτηση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ)[173]. Όπως έκρινε ήδη αρμοδίως και η ΡΑΕ[174], πρόκειται, συνεπώς, για περίπτωση «συμβατικής συμφόρησης», δεδομένου ότι η ζήτηση για δέσμευση δυναμικότητας υπερβαίνει την τεχνικά διαθέσιμη δυναμικότητα του συγκεκριμένου σημείου εξόδου, ενώ ταυτόχρονα η συνολική τεχνικά διαθέσιμη δυναμικότητα είναι επαρκής για την ικανοποίηση της συνολικής ζήτησης φυσικού

---

169 Υπέρ αυτών συνηγορεί και η βούληση του νομοθέτη να κάνει πρόβλεψη για τη διαχείριση του ΕΣΦΑ μέχρι τη θέσπιση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (βλ. προαναφερόμενα άρθρα 9 παρ. 5 και 40 παρ. 5 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε).

170 Βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΔΕΕ 152/84, Marshall v. Southampton and South West Area Health Authority, Συλλ. 1986, σελ. 723, σκ. 55.

171 Βλ. Απόφαση ΔΕΕ 311/84, CBEM/CLT και IPB, Συλλ.1985, σελ. 3261, σκ. 16 και τη σχετική νομολογία στην οποία παραπέμπει.

172 Βλ. σχετικά και τη διάταξη του άρθ. 1 παρ. 14 της υπ' αριθμ. 4955/2006 Υ.Α «Ορισμός τιμολογίου μεταφοράς φυσικού αερίου και αεριοποίησης ΥΦΑ», ΦΕΚ Β΄ 360/27.3.2006 (και την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ, σελ. 23-24), από όπου προκύπτει ότι χρήστες που εξυπηρετούν ηλεκτροπαραγωγούς απαιτείται να δεσμεύσουν κατ' ελάχιστο συγκεκριμένη δυναμικότητα μεταφοράς η οποία υπολογίζεται με αντικειμενικό τρόπο (μαθηματικό τύπο) που συμπεριλαμβάνεται στην εν λόγω Υπουργική Απόφαση και σχετίζεται με τα τεχνικά χαρακτηριστικά των εξυπηρετούμενων ηλεκτροπαραγωγικών μονάδων. Μάλιστα, η δυναμικότητα αυτή αντιστοιχεί, σύμφωνα με τον μαθηματικό τύπο της εν λόγω διάταξης, σε κατανάλωση φυσικού αερίου για τη λειτουργία της μονάδας στην πλήρη ισχύ της για είκοσι τέσσερις (24) ώρες, δηλαδή στη μέγιστη δυνατή κατανάλωση. Από τα διαθέσιμα δε στοιχεία σε σχέση με την υπό κρίση υπόθεση, προκύπτει ότι το ποσοστό δεσμευμένης δυναμικότητας ως προς τη συνολική τεχνικά διαθέσιμη δυναμικότητα στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ ανέρχεται σε 80%. Ειδικότερα, βάσει της υφιστάμενης σύμβασης μεταφοράς μεταξύ του ΔΕΣΦΑ και της ΔΕΠΑ, δεσμεύθηκε υπέρ της δεύτερης 80% της συνολικής τεχνικά διαθέσιμης δυναμικότητας μεταφοράς στο «Σημείο Εξόδου AdG», βάσει της ως άνω Υπουργικής Απόφασης 4955/2006.

173 Συνεπώς, σύμφωνα και με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ (σελ. 24, παρ. 26), το άθροισμα της ήδη δεσμευθείσας από τη ΔΕΠΑ δυναμικότητας με την αιτηθείσα από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δυναμικότητα στο εν λόγω σημείο εξόδου του ΕΣΦΑ (21.439,17 MWh/Ημέρα + 21.439,17 MWh/Ημέρα = 42.878,34 MWh/Ημέρα), υπερέβαινε τη μέγιστη (τεχνικά διαθέσιμη) δυναμικότητα στο σημείο εξόδου «AdG» (26.784 MWh/Ημέρα).

174 Βλ. υπ' αριθμ. 1175/2005 απόφαση της ΡΑΕ, σελ. 24.

αερίου από το σημείο αυτό[175]. Η προκύπτουσα δηλαδή συμφόρηση ήταν αποτέλεσμα της δέσμευσης εκ μέρους της ΔΕΠΑ δυναμικότητας τέτοιου μεγέθους που απέκλειε εν προκειμένω την ταυτόχρονη χρήση του σημείου εξόδου από άλλο χρήστη (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ).

151. Κατ' αρχήν επισημαίνεται, ότι η δέσμευση καθαυτή της δυναμικότητας από έναν χρήστη δεν αποτελεί βάσιμο λόγο άρνησης πρόσβασης στο δίκτυο σε τρίτο δικαιούμενο χρήστη. Ακόμη και αν η υφιστάμενη δυναμικότητα χρησιμοποιείτο πλήρως από την επιχείρηση που διαχειρίζεται το δίκτυο (ή κατ' επέκταση και από συνδεδεμένη με αυτήν επιχείρηση), το γεγονός αυτό δεν αρκεί για να αποκλείσει εκ προοιμίου το θεμελιώδες δικαίωμα της ελεύθερης πρόσβασης στο δίκτυο τρίτων χρηστών, επί τη βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ούτε αποκλείει εξάλλου την εφαρμογή των κανόνων προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού[176]. Και αυτό γιατί και σε αυτήν την περίπτωση, ο Διαχειριστής οφείλει να λάβει όλα τα δυνατά μέτρα για την άρση των εμποδίων που προκαλεί η (πραγματική ή συμβατική) έλλειψη δυναμικότητας και να οργανώσει τη δραστηριότητά του κατά τρόπο ώστε να διατίθεται και να χρησιμοποιείται η μέγιστη δυνατή δυναμικότητα.

152. Η αντιμετώπιση της «συμβατικής συμφόρησης» ρυθμιζόταν, τόσο στα άρθρα 8 παρ. 2 (ε) και 12 παρ. 4 και 5 Ν. 3428/2005 όσο και στον Κανονισμό 1775/2005, όπως ίσχυαν κατά την επίμαχη χρονική περίοδο[177].

153. Ο ΔΕΣΦΑ επικαλείται[178] σχετικά, ότι η εφαρμογή του άρθρου 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, για την αποδέσμευση δυναμικότητας που έχει δεσμευθεί και δεν χρησιμοποιείται, προϋποθέτει, αφενός την ύπαρξη του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, ελλείψει του οποίου δεν παρέχεται οποιαδήποτε αρμοδιότητα στον ΔΕΣΦΑ μονομερούς αποδέσμευσης δυναμικότητας και αφετέρου, ακόμα, δηλαδή, και αν ήθελε θεωρηθεί ότι θα μπορούσε να αποδεσμεύσει δυναμικότητα και πριν από την έκδοση του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ, την ύπαρξη αχρησιμοποίητης δυναμικότητας[179].

154. Επικαλείται, επίσης, ότι σύμφωνα με την προαναφερόμενη συναφθείσα σύμβαση μεταξύ ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, η προθεσμία που έχει η ΔΕΠΑ προκειμένου να ορίσει τη δυναμικότητα που θα χρησιμοποιήσει σε ορισμένη μέρα, λήγει την 18:30 της προηγούμενης ημέρας[180]. Ο ΔΕΣΦΑ, συνεπώς, ισχυρίζεται ότι προκειμένου να μπορεί να προσφέρει τυχόν αχρησιμοποίητη δυναμικότητα, από αυτή που έχει δεσμεύσει η ΔΕΠΑ, για ορισμένη ή ορισμένες μέρες, θα πρέπει να έχει παρέλθει η 18:30 απογευματινή ώρα της προηγούμενης ημέρας, χωρίς η ΔΕΠΑ να ορίσει τη δυναμικότητα που θα χρησιμοποιήσει και χωρίς να έχει η ίδια διαθέσει τυχόν αχρησιμοποίητη δυναμικότητα στη δευτερογενή αγορά[181].

155. Όπως, όμως, προαναφέρθηκε, η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ γνωστοποίησε στη ΔΕΠΑ την πρόθεσή της να μην προμηθευτεί από την τελευταία φυσικό αέριο στο πλαίσιο της προαναφερόμενης από 9.5.2008 σχετικής σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου, για το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 και ώρα 8.00 π.μ. έως 7.1.2010 και ώρα 8.00

175 Για τον ορισμό της «συμβατικής συμφόρησης», βλ. το άρθρο 2 του Κανονισμού 1775/2005/ΕΚ, ως ίσχυε, όπου οριζόταν ως «η κατάσταση κατά την οποία το επίπεδο της ζήτησης της αμετάβλητης δυναμικότητας υπερβαίνει την τεχνική δυναμικότητα».

176 Βλ. σχετικά τις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 19.4.1977, Υπόθ. IV/28.841, ABG, ΕΕ 1977 L 117/1, της 21.12.1993 Υποθ. IV/34.689 - Sea Containers κατά Stena Sealink, ΕΕ 1994 L 15/8, της 21.12.1993 Υπόθ. 94/119/ΕΚ, Rodby, ΕΕ 1994 L 55/52 και της 14.1.1998, Υπόθ. IV/34.801, Flughafen Frankfurt/Main AG, ΕΕ 1998 L 72/30.

177 Στο άρθρο 8 παρ. 2 (ε) Ν. 3428/005 οριζόταν ότι: «2. Στο πλαίσιο των ανωτέρω υποχρεώσεών του ο ΔΕΣΦΑ ΑΕ: ... ε) Εφαρμόζει μηχανισμούς διαχείρισης της συμφόρησης στα σημεία εισόδου και εξόδου, οι οποίοι βασίζονται, κατά το δυνατόν, σε μηχανισμούς της αγοράς, σύμφωνα με διαφανή κριτήρια όπως ορίζεται στον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, προκειμένου να προάγεται ο ανταγωνισμός, χωρίς διακρίσεις μεταξύ Χρηστών ή κατηγοριών Χρηστών... Ενημερώνει τη ΡΑΕ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, όταν η ζήτηση για δέσμευση μεταφορικής ικανότητας σε σημείο εισόδου ή εξόδου δημιουργεί εύλογα πιθανότητα συμφόρησης στο σημείο αυτό...». Στο άρθρο 12 παρ. 4 και 5 του ίδιου νόμου οριζόταν ότι: «4. Με τον Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ μπορεί να καθορίζεται το ανώτατο όριο της δυναμικότητας που επιτρέπεται να δεσμεύεται από τον ίδιο Χρήστη σε ορισμένο σημείο εισόδου του ΕΣΦΑ. Από τον περιορισμό αυτό μπορεί να προβλέπονται εξαιρέσεις για την εξυπηρέτηση των μακροχρόνιων συμβάσεων Προμήθειας Φυσικού Αερίου, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού», στη δε παρ. 5 του ίδιου άρθρου οριζόταν ότι: «5. Με αιτιολογημένη απόφαση του ΔΕΣΦΑ ΑΕ μετά από την έγκριση της ΡΑΕ μπορεί να αποδεσμεύεται δυναμικότητα που έχει δεσμευθεί και δεν χρησιμοποιείται, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης του ΕΣΦΑ. Η αποδέσμευση της δυναμικότητας συνεπάγεται απαλλαγή του Χρήστη από τις οικονομικές υποχρεώσεις έναντι του ΔΕΣΦΑ ΑΕ, οι οποίες αντιστοιχούν στη δυναμικότητα που αποδεσμεύεται». Περαιτέρω, στο άρθρο 5 παρ. 3(α) του Κανονισμού 1775/2005 οριζόταν ότι: «3. Όταν οι διαχειριστές των δικτύων μεταφοράς συνάπτουν νέες ή επαναδιαπραγματεύονται υφιστάμενες συμβάσεις μεταφοράς, οι συμβάσεις αυτές λαμβάνουν υπόψη τις ακόλουθες αρχές: (α) σε περίπτωση συμβατικής συμφόρησης, ο διαχειριστής δικτύου μεταφοράς προσφέρει μη χρησιμοποιούμενη δυναμικότητα στην πρωτογενή αγορά με προθεσμία ενημέρωσης τουλάχιστον μία ημέρα πριν και σε διακοπτόμενη βάση..», στην δε παρ. 4 του ίδιου άρθρου οριζόταν ότι: «4. Σε περίπτωση που ορισμένη συμβατική δυναμικότητα στα πλαίσια υφιστάμενων συμβάσεων μεταφοράς παραμένει αχρησιμοποίητη και σημειώνεται συμβατική συμφόρηση, οι διαχειριστές δικτύων μεταφοράς εφαρμόζουν την παράγραφο 3, εκτός αν τούτο συνιστά παράβαση των απαιτήσεων των υφιστάμενων συμβάσεων μεταφοράς. Σε περίπτωση παράβασης των υφιστάμενων συμβάσεων μεταφοράς, οι διαχειριστές δικτύων μεταφοράς υποβάλλουν αίτημα προς τον χρήστη του δικτύου για τη χρησιμοποίηση στη δευτερογενή αγορά της αχρησιμοποίητης δυναμικότητας, σε συνεννόηση με τις αρμόδιες αρχές, σύμφωνα με την παράγραφο 3». Σύμφωνα δε με τα σημεία 11 και 12 του Προοιμίου ανωτέρω Κανονισμού: «(11) Η διαχείριση της συμβατικής συμφόρησης των δικτύων αποτελεί σημαντικό ζήτημα για την ολοκλήρωση της εσωτερικής αγοράς αερίου. Απαιτείται η ανάπτυξη κοινών κανόνων που εξισορροπούν την ανάγκη απελευθέρωσης αχρησιμοποίητης δυναμικότητας σύμφωνα με την αρχή "εκμετάλλευση ή στέρηση καταμερισθείσας δυναμικότητας" (use - it - or - lose - it) σύμφωνα με την οποία οι κάτοχοι της δυναμικότητας έχουν τη δυνατότητα να τη χρησιμοποιούν όταν χρειάζεται, ενώ ταυτόχρονα ενισχύεται η ρευστότητα της δυναμικότητας» και «(12) Παρόλο που η φυσική συμφόρηση των δικτύων σπάνια αποτελεί πρόβλημα προς το παρόν στην Κοινότητα, ενδέχεται να αποτελέσει πρόβλημα στο μέλλον. Κατά συνέπεια, είναι σημαντικό να διατυπωθεί η βασική αρχή για τη διάθεση της υπό συμφόρηση δυναμικότητας σε τέτοιες περιπτώσεις».

178 Βλ. το υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101318/30.11.2009 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ ενώπιον της ΡΑΕ.

179 Ως «αχρησιμοποίητη δυναμικότητα», σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1(4) του Κανονισμού 1775/2005, νοείται η αμετάβλητη δυναμικότητα την οποία ένας χρήστης του δικτύου έχει αποκτήσει δυνάμει σύμβασης μεταφοράς, χωρίς όμως να την έχει ορίσει, τη στιγμή της συμβατικά καθορισμένης λήξης της προθεσμίας.

180 Βλ. Παράρτημα C1 της ανωτέρω σύμβασης

181 Ο ΔΕΣΦΑ επικαλείται στο υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101318/30.11.2009 Υπόμνημά του ακόμα και ότι δεν έχει την αρμοδιότητα να κρίνει εάν η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ έχει το δικαίωμα να δηλώσει στη ΔΕΠΑ ότι δεν θα παραλάβει φυσικό αέριο από αυτήν τις συγκεκριμένες ημέρες και αν η δήλωση αυτή συνεπάγεται τη νομική αδυναμία της ΔΕΠΑ να προβεί σε δήλωση (nomination) δυναμικότητας για τις εν λόγω ημέρες. Επισημαίνει δε ότι έως ότου τεθεί υπ' όψιν του ΔΕΣΦΑ απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, που θα αποφαίνεται ότι η ΔΕΠΑ τελεί σε νομική αδυναμία να προβεί σε δήλωση δυναμικότητας για τις κρίσιμες ημέρες, ο ΔΕΣΦΑ υποχρεούται να αναμένει την παρέλευση της προβλεπόμενης στη σύμβαση ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ προθεσμίας, προκειμένου να δικαιούται να θεωρήσει ότι υφίσταται αχρησιμοποίητη δυναμικότητα.

π.μ. και την επιλογή της να προμηθευτεί, για αυτό το χρονικό διάστημα, φυσικό αέριο από τρίτο προμηθευτή[182]. Επίσης, επεσήμανε στη ΔΕΠΑ, ότι με δεδομένο ότι η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δεν θα παραλάβει από τη ΔΕΠΑ φυσικό αέριο, κατά τα ανωτέρω, η ως άνω δεσμευμένη υπέρ της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ μεταφορική ικανότητα στο «Σημείο Εξόδου AdG» δεν θα χρησιμοποιηθεί για το προαναφερόμενο χρονικό διάστημα από τη ΔΕΠΑ, αλλά από την ίδια την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ[183]. Το γεγονός δε, ότι επί της ουσίας ο ΔΕΣΦΑ δεν είχε καμία αμφιβολία περί της μη χρησιμοποίησης της δυναμικότητας του σημείου «Σημείο Εξόδου AdG» από την ΔΕΠΑ επιβεβαίωσε κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της ΕΑ και ο μάρτυρας του ΔΕΣΦΑ[184].

156. Άλλωστε, και ο ίδιος ο ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του αναγνώρισε ότι «...η μεταφορική αυτή ικανότητα θα παραμείνει αχρησιμοποίητη για το ως άνω χρονικό διάστημα από την εταιρία ΔΕΠΑ ΑΕ, ενόψει του ότι η εταιρία Αλουμίνιον ΑΕ και αντικειμενικά αποκλειστικός αποδέκτης του αερίου που μεταφέρεται μέσω του σημείου εξόδου AdG του ΕΣΦΑ, γνωστοποίησε στις 12.11.2009 στην εταιρία ΔΕΠΑ ΑΕ ότι δεν θα προμηθευτεί φυσικό αέριο από την εταιρία αυτή για το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα...».

157. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η δεσμευθείσα από τη ΔΕΠΑ μεταφορική ικανότητα θα παρέμενε πράγματι αχρησιμοποίητη, γεγονός που γνώριζε ο ΔΕΣΦΑ, καθότι ο μοναδικός πελάτης φυσικού αερίου του οποίου η εγκατάσταση εξυπηρετείτο από το «Σημείο Εξόδου AdG» είχε δηλώσει τόσο στον ΔΕΣΦΑ, όσο και στη ΔΕΠΑ ότι δεν επρόκειτο να παραλάβει από την τελευταία φυσικό αέριο κατά το ανωτέρω χρονικό διάστημα[185].

158. Κατά συνέπεια, εκτιμάται ότι ο προβαλλόμενος ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ, ως δικαιολογία άρνησης πρόσβασης στο δίκτυο, δεν μπορεί να δικαιολογήσει αντικειμενικά την υπό κρίση συμπεριφορά του, αφού ο ΔΕΣΦΑ αφενός ήταν σε γνώση της αχρησιμοποίητης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», αφετέρου μπορούσε με βάση το προαναφερόμενου νομοθετικό πλαίσιο να αποδεσμεύσει την αιτηθείσα από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δυναμικότητα. Περαιτέρω, η διερεύνηση του κατά πόσον η ΔΕΠΑ προτίθετο να διαθέσει την εν λόγω δυναμικότητα στη δευτερογενή αγορά ήταν άνευ αντικειμένου, καθόσον η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ είχε δηλώσει ότι έχει επιλέξει άλλον προμηθευτή.

159. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω εκτιμάται ότι αβάσιμος είναι και ο αρχικός ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ ότι για την έκδοση απόφασης περί αποδέσμευσης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», πριν τη λήξη της προαναφερόμενης σύμβασης ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, απαιτείτο η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ. Ο ΔΕΣΦΑ υποχρεούτο σύμφωνα με την προαναφερόμενη ενωσιακή και εθνική νομοθεσία να παράσχει τις υπηρεσίες του κατά τρόπο ώστε να προάγεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός και να αποδεσμεύσει την αιτηθείσα από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ δυναμικότητα, σύμφωνα με τις αρχές της ισότιμης, άμεσης και αμερόληπτης πρόσβασης στο δίκτυο, εξισορροπώντας τις ανάγκες δυναμικότητας των δύο χρηστών. Η πρόσβαση χρηστών στο δίκτυο, που εν προκειμένω εξυπηρετείτο από αποδέσμευση αχρησιμοποίητης δυναμικότητας, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να τελεί υπό την προϋπόθεση έγκρισης από τρίτο προμηθευτή, προϋπόθεση που δεν συνάδει με το σκοπό της νομοθεσίας για την απελευθέρωση της αγοράς φυσικού αερίου.

160. Αντιφατική προς τον ισχυρισμό του ΔΕΣΦΑ ότι για την έκδοση απόφασης περί αποδέσμευσης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG», πριν τη λήξη της προαναφερόμενης σύμβασης ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, απαιτείτο η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της ΔΕΠΑ εκτιμάται ότι είναι και η κατάθεση [...], ενώπιον της Γ.Δ.Α. στις 14.10.2010, όπου σε ερώτηση αν θα μπορούσε στην προκειμένη υπόθεση να υπάρξει τριμερής συμφωνία για τη χρήση της Ρεβυθούσας μεταξύ ΔΕΠΑ, ΔΕΣΦΑ και ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, δεδομένου ότι η χρήση του ΥΦΑ σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, γίνεται κατ' αρχήν σύμφωνα με τις πρακτικές της ΔΕΠΑ, μέχρι την έκδοση του Κώδικα απάντησε ότι «Στο άρθρο 9 παρ 5 του Ν. 3428/2005, αναφέρεται ότι η διαχείριση του ΕΣΦΑ γίνεται σύμφωνα με τις πρακτικές της ΔΕΠΑ ενώ εφόσον υπάρχει αίτηση χρήστη μπορεί να εκδίδεται σχετική Υπουργική Απόφαση για την πρόσβαση στο ΕΣΦΑ μέχρι την έκδοση του κώδικα. Δεν θα μπορούσε να γίνει τριμερής συμφωνία μεταξύ των μερών, διότι αυτό θα ήταν κατά παράβαση της ελληνικής και της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, διότι η διαχείριση του ΕΣΦΑ είναι αρμοδιότητα του ΔΕΣΦΑ και δεν επιτρέπεται από τη νομοθεσία να συμφωνηθούν κανόνες διαχείρισης μεταξύ χρηστών και ΔΕΣΦΑ. Αφετέρου, οι πρακτικές της ΔΕΠΑ κατά την έκδοση του Ν. 3428/2005 δεν είχαν πρόβλεψη για διαχείριση του Συστήματος με περισσότερους από έναν χρήστες».

161. Ομοίως, στην κατάθεση που έδωσε ενώπιον της ΓΔΑ στις 8.3.2011 [...], ανέφερε ότι «Ειλικρινά δεν ξέρω με ποια λογική ο ΔΕΣΦΑ παρέπεμπε την ΑτΕ σε εμάς. Ο ΔΕΣΦΑ δεν ζήτησε τη συναίνεσή μας. Μέχρι τη στιγμή που πήραμε το γράμμα από την ΑτΕ δεν γνωρίζαμε τίποτα. Ο ΔΕΣΦΑ δεν κοινοποιούσε στη ΔΕΠΑ την αλληλογραφία του με την ΑτΕ[186] ».

162. Συνεπώς, ο ΔΕΣΦΑ όφειλε να κινήσει την προβλεπόμενη στο άρθρο 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005 (όπως ίσχυε) διαδικασία, να αποδεσμεύσει τη μεταφορική ικανότητα της ΔΕΠΑ στο «Σημείο Εξόδου AdG» και να παρέξει την ίδια αυτή δυναμικότητα στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Η αποδέσμευση αυτή ήταν, ενόψει των ανωτέρω, επιβεβλημένη, στο μέτρο που αποτελούσε το μοναδικό μέσο για τη διασφάλισης της βέλτιστης διαχείρισης του ΕΣΦΑ και της διατήρησης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στην αγορά φυσικού αερίου, καθιστώντας εφικτή αφενός την προμήθεια από μέρους της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ φυσικού αερίου από τρίτο προμηθευτή και αφετέρου τη σύναψη σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου μεταξύ του ΔΕΣΦΑ και της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με αντικείμενο τη μεταφορά φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις της τελευταίας.

---

182 Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΠΑ 757757/12.11.2009 επιστολή της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ προς τη ΔΕΠΑ, την οποία και γνώριζε ο ΔΕΣΦΑ, αφού την επικαλείται, μεταξύ άλλων, στην υπ' αριθμ. πρωτ. 210/30.11.2009 αιτιολογημένη απόφασή του για αποδέσμευση δυναμικότητας και ο ίδιος.

183 Βλ. και κατάθεση [...], όπου αναφέρεται ότι το «Σημείο Εξόδου AdG» ικανοποιεί τις ανάγκες μόνο της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

184 Βλ. την κατάθεση ενώπιον της ΕΑ του [...], σελ. 41 των απομαγνητοφωνημένων πρακτικών της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012.

185 Ούτως έκρινε αρμοδίως και η ΡΑΕ στην υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφασή της (βλ. αναλυτικότερα σελ. 24-28).

186 Προσθέτει δε ότι «...Αλλά σας ερωτώ, τη στιγμή που η ΑτΕ ήταν αναξιόχρεη απέναντι στη ΔΕΠΑ και όχι μόνο, αλλά και από τότε ακόμα επεδείκνυε αντισυμβατική συμπεριφορά, δεν θα έπρεπε να ληφθεί και αυτό υπόψη, δεδομένου ότι [...] προβλέπεται ρητά ότι υπάρχει ευθύνη αλληλέγγυα και εις ολόκληρον; Άρα θα μπορούσε με βάση αυτή [...] να βρεθεί η ΔΕΠΑ υπόλογη έναντι του ΔΕΣΦΑ».

163. Οι κατά τα ανωτέρω ισχυρισμοί του ΔΕΣΦΑ είναι όμως αντιφατικοί με την ίδια την υπ' αριθμ. πρωτ. 210/30.11.2009 απόφαση που τελικώς έλαβε, με την οποία αποφάσισε και κίνησε τη διαδικασία του άρθρου 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, για την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ, κάνοντας ρητή αναφορά στο άρθρο 5 του Κανονισμού που αφορά στη διάθεση αχρησιμοποίητης συμβατικής δυναμικότητας και διαπιστώνοντας ότι η αποδέσμευση ήταν επιβεβλημένη, προκειμένου, όπως αναφέρει, να συναφθεί σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου μεταξύ του ΔΕΣΦΑ και της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με αντικείμενο τη μεταφορά φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ. Αναγνώρισε έτσι ρητά, ότι η σύναψη της σύμβασης αυτής αποτελεί δικαίωμα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, ως χρήστη του ΕΣΦΑ, με βάση την ισχύουσα εθνική και κοινοτική νομοθεσία.

164. Οι συναφείς ισχυρισμοί του ΔΕΣΦΑ σχετικά με την υπ' αριθμ. 210/30.11.2009 απόφασή του περί αποδέσμευσης ότι «...το όργανο που έστειλε αυτήν την απόφαση για τον ΔΕΣΦΑ, (εννοεί τον Διευθύνοντα Σύμβουλό της) δεν δέσμευε τον ΔΕΣΦΑ...» διότι «...η διαδικασία αποδέσμευσης, η πράξη αυτή έχει καταρχήν εμπορική αξία οκτακοσίων χιλιάδων ευρώ και η εξουσιοδότηση του Διευθύνοντος Συμβούλου ήταν μέχρι διακόσιες χιλιάδες...» και ότι «...Το Δ.Σ ουδέποτε ενέκρινε έστω και εκ των υστέρων την πράξη αυτή του Διευθύνοντος Συμβούλου...» είναι αβάσιμοι. Συγκεκριμένα, το Διοικητικό Συμβούλιο του ΔΕΣΦΑ, κατά τη συνεδρίαση της 3ης Δεκεμβρίου 2009 αποφάσισε να γίνει σεβαστή η με αρ. 4225/2009 απόφαση της ΡΑΕ, όπως αναφέρει και η [...], ανατρέποντας η ίδια τον προηγούμενο ισχυρισμό [...] ότι «...Το Δ.Σ ουδέποτε ενέκρινε έστω και εκ των υστέρων την πράξη αυτή του Διευθύνοντος Συμβούλου...», δηλαδή, το Δ.Σ του ΔΕΣΦΑ στη συνέχεια επικύρωσε την εγκριθείσα από τη ΡΑΕ με αρ. 210/30.11.2009 απόφαση του τότε Διευθύνοντος Συμβούλου. Ο δε ισχυρισμός του [...], σύμφωνα με τον οποίον «...Όλη η εταιρία πλην του [...] ακολούθησε μία συγκεκριμένη προσέγγιση στο θέμα, την οποία την θεωρώ ορθή...»[187] δεν συμβιβάζεται με την προαναφερθείσα απόφαση του Δ.Σ της 3ης Δεκεμβρίου 2009, το οποίο επικύρωσε την απόφαση του τότε Διευθύνοντος Συμβούλου περί αποδέσμευσης δυναμικότητας.

165. Κατά συνέπεια εκτιμάται ότι οι προβαλλόμενοι από τον ΔΕΣΦΑ ισχυρισμοί περί έλλειψης κανονιστικού πλαισίου και ύπαρξης δεσμευμένης δυναμικότητας δεν μπορούν να αιτιολογήσουν αντικειμενικά την άρνηση πρόσβασης σε «βασική διευκόλυνση».

Συμπέρασμα

166. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο ΔΕΣΦΑ όφειλε, ως δεσπόζουσα επιχείρηση και Διαχειριστής του δικτύου, να προβεί σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να εξασφαλίσει την χωρίς διακρίσεις πρόσβαση των ανταγωνιστών της μητρικής της στο δίκτυο, που αποτελεί βασική διευκόλυνση, όπως ήταν σε θέση να το πράξει με βάση την ελληνική και ενωσιακή νομοθεσία. Παρά τους ισχυρισμούς της περί του αντιθέτου, δεν υπήρχε αντικειμενική αδυναμία παροχής της πρόσβασης στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, που θα μπορούσε ο ΔΕΣΦΑ να εξασφαλίσει: α) με την αποστολή σχεδίου αιτιολογημένης απόφασης προς έγκριση στη ΡΑΕ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 12 παρ. 5 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, προκειμένου να αποδεσμευθεί η δυναμικότητα που είχε δεσμευθεί και δεν επρόκειτο να χρησιμοποιηθεί από τη ΔΕΠΑ στο «Σημείο Εξόδου AdG» του ΕΣΦΑ για το χρονικό διάστημα από 3.12.2009 έως 7.1.2010 και β) με το να προβεί, εν συνεχεία, στη σύναψη των απαραίτητων συμβάσεων με αντικείμενο αφενός τη δέσμευση από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ της αποδεσμευμένης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG» και αφετέρου την πρόσβαση και χρήση από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ των εγκαταστάσεων ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα για τη μεταφορά φυσικού αερίου στις εγκαταστάσεις της.

167. Το επιχείρημα του ΔΕΣΦΑ, ότι η ΕΑ συγχέει τις υποχρεώσεις του ΔΕΣΦΑ που απορρέουν από το ρυθμιστικό πλαίσιο λειτουργίας του κλάδου ΦΑ με τις υποχρεώσεις του ως επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση στην «πάνω» (πρωτογενή αγορά) δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Το δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού υποχρεώνει το ΔΕΣΦΑ, ως δεσπόζουσα (και μάλιστα μονοπωλιακή) επιχείρηση εκμετάλλευσης μιας ουσιώδους διευκόλυνσης, να εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση στους χρήστες του δικτύου[188]. Στην περίπτωση που αυτός αρνείται την πρόσβαση εξετάζεται, και πάλι υπό το πρίσμα των διατάξεων ανταγωνισμού, κατά πόσον η μη παροχή πρόσβασης σε αυτήν την ουσιώδη διευκόλυνση δικαιολογείται αντικειμενικά[189]. Η προβολή από μέρους του ΔΕΣΦΑ επιχειρημάτων που σχετίζονται με το ρυθμιστικό πλαίσιο εξετάστηκαν, προκειμένου να διαπιστωθεί, εάν σύμφωνα με αυτό ο ΔΕΣΦΑ είχε όντως ευχέρεια να εξασφαλίσει την πρόσβαση ή, όπως ο ίδιος ισχυρίστηκε, αδυνατούσε αντικειμενικά να την παράσχει. Εφόσον η δυνατότητα παροχής πρόσβασης στην ουσιώδη διευκόλυνση υπήρχε ρυθμιστικά (και μάλιστα επίσης επιβαλλόταν ρυθμιστικά), όπως καταδείχθηκε ανωτέρω και όπως συμπέρανε και η ΡΑΕ στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της με την υπ' αριθμ. πρωτ. 1175/2010 απόφασή της, το επιχείρημα του ΔΕΣΦΑ ότι δεν μπορούσε να εξασφαλίσει την πρόσβαση στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ αναιρείται. Συνεπώς ο ΔΕΣΦΑ δεν είχε αντικειμενική δικαιολογία να αρνηθεί την πρόσβαση, την οποία όφειλε να εξασφαλίσει, με βάσει τις διατάξεις των άρθρων 2 Ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ, και για το λόγο αυτό του καταλογίζονται οι σχετικές παραβάσεις[190].

187 Βλ. τα απομαγνητοφωνημένα πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 95 επ.

188 Και σε αυτό το σημείο, δηλαδή στο χαρακτηριστικό της συγκεκριμένης αγοράς πρωτογενούς πρόσβασης στο δίκτυο, ως ουσιώδη διευκόλυνση, έγκειται η σημαντική της διαφορά με άλλες αγορές, όπως του βωξίτη και των αλμυρών σνακ τα οποία αναφέρει συγκριτικά ο μάρτυρας του ΔΕΣΦΑ [...], ισχυριζόμενος ότι δεν υπήρχε υποχρέωση του ΔΕΣΦΑ να παράσχει τη μη χρησιμοποιούμενη δυναμικότητα στο δίκτυο, ως δε θα είχε υποχρέωση μια επιχείρηση που πουλάει πατατάκια να ελέγξει αν κάποιοι χονδρέμποροι έχουν διαθέσει τις ποσότητες που τους παρασχέθηκαν, βλ. πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 71, 80 επ.

189 Βλ. και την παραδοχή του μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ [...] ότι εάν υπήρχε άρνηση του ΔΕΣΦΑ να παράσχει πρόσβαση ενώ αυτό ήταν αντικειμενικά δυνατό, υπάρχει παράβαση κανόνων του ανταγωνισμού, βλ. πρακτικά της 64ης Συνεδρίασης της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012, σελ. 87.

190 Βλ. συναφώς και την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 29ης Μαρτίου 2012, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Τ-398/07, όπ.π., σκ. 51, όπου έγινε δεκτό ότι «Μολονότι από την προσβαλλομένη απόφαση προκύπτει βεβαίως ότι η Επιτροπή αναφέρθηκε στο ρυθμιστικό πλαίσιο εντός του οποίου η Telefonica παρείχε το περιφερειακό και το εθνικό προϊόν χονδρικής, τούτο οφείλεται στο ότι ήταν αναγκαίο, προκειμένου να καθορίσει τον ενδεχόμενο καταχρηστικό χαρακτήρα μιας τιμολογιακής πρακτικής, να εκτιμήσει το σύνολο των περιστάσεων και να εξετάσει αν η πρακτική αυτή απέβλεπε στην εξάλειψη ή στον περιορισμό της δυνατότητας επιλογής του αγοραστή όσον αφορά τις πηγές εφοδιασμού του, στην παρεμπόδιση της εισόδου των ανταγωνιστών στην αγορά, στην εφαρμογή σε εμπορικούς

168. Για το λόγο αυτό, αλυσιτελώς προβάλλεται και το επιχείρημα ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν είχε κανένα λόγο, στο πλαίσιο του δικαίου του ανταγωνισμού, να εξετάσει κατά πόσον η ζήτηση των ενδιάμεσων επιχειρήσεων στην «πάνω» (πρωτογενή) αγορά θα χρησιμοποιηθεί ή όχι, καθόσον η σχετική υποχρέωση, και η συνακόλουθη υποχρέωση αποδέσμευσης δυναμικού που δεν χρησιμοποιείται απορρέει μόνο από το κανονιστικό πλαίσιο και το ρόλο του ως διαχειριστή του δικτύου. Η μη αποδέσμευση δυναμικότητας εκ μέρους του ΔΕΣΦΑ εξετάζεται στο πλαίσιο των διατάξεων του δικαίου ανταγωνισμού επειδή ο ΔΕΣΦΑ επικαλέσθηκε την αδυναμία του να παράσχει πρόσβαση στο δίκτυο. Ενώ, δηλαδή, ως δεσπόζουσα επιχείρηση ο ΔΕΣΦΑ θα έπρεπε να είχε εξασφαλίσει την ισότιμη πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο δίκτυο, επικαλέστηκε την αδυναμία του να της παραχωρήσει την ήδη παραχωρηθείσα στη θυγατρική της ΔΕΠΑ πρόσβαση, ενώ ρυθμιστικά είχε κάθε ευχέρεια και μάλιστα σχετική υποχρέωση να προβεί σε κινήσεις αποσυμφόρησης.

169. Επίσης, αλυσιτελώς προβάλλεται το επιχείρημα του ΔΕΣΦΑ, ότι οι ρυθμίσεις περί διακριτικής μεταχείρισης και άρνησης πρόσβασης σε ουσιώδη διευκόλυνση από μια δεσπόζουσα επιχείρηση δεν εφαρμόζονται όταν αυτή δεν είναι καθετοποιημένη. Καταρχάς, ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ ότι δεν είναι καθετοποιημένη επιχείρηση στερείται βασιμότητας. Το μετοχικό του κεφάλαιο ανήκει εξολοκλήρου στη μητρική του εταιρία ΔΕΠΑ, η οποία και δραστηριοποιείται στις «κάτω» αγορές της δευτερογενούς πρόσβασης στο δίκτυο και της παροχής ΦΑ, κατείχε μάλιστα, αναμφίβολα, κατά τον επίδικο χρόνο, δεσπόζουσα (υπερδεσπόζουσα) θέση και στις δύο. Εξάλλου, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αν και είναι σύνηθες σε τέτοιου είδους παραβάσεις οι δύο εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην «πάνω» και «κάτω» αγορά να ανήκουν στον ίδιον όμιλο ή, ακόμη, να έχουν απλώς κοινά συμφέροντα[191], πάντως δεν είναι αναγκαίο για τη στοιχειοθέτηση της εν λόγω παράβασης να δραστηριοποιείται στην «κάτω» αγορά η ίδια επιχείρηση που προβαίνει στην καταχρηστική εκμετάλλευση μέσω της συμπεριφοράς της στην «πάνω» αγορά[192].

170. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ ότι δεν στοιχειοθετείται κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης του επειδή δεν είχε «κανένα κίνητρο» και «κανένα λόγο»[193] να ενεργήσει με τρόπο που να ευνοεί την ΔΕΠΑ, προβάλλεται αβάσιμα. Υπενθυμίζεται σχετικά ότι η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης είναι αντικειμενική [194]και συνδέεται με τη συμπεριφορά μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση που είναι τέτοια, ώστε να επηρεάζει τη δομή της αγοράς[195]. Το κίνητρο, ο δόλος ή η αμέλεια της δεσπόζουσας επιχείρησης που προβαίνει στην καταχρηστική εκμετάλλευση είναι παράμετρος παντελώς αδιάφορη για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης.

171. Εξάλλου, η φερόμενη ρυθμιστική ανεξαρτησία, δεν συνεπάγεται ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν έχει, έμμεση (δια της μητρικής της) πλην όμως υπαρκτή, παρουσία στην «κάτω» αγορά προμήθειας, όπως αναφέρθηκε ήδη ανωτέρω, και παράλληλα ότι δεν είχε «κανένα όφελος ως ανεξάρτητη επιχείρηση, να προσφέρει υπηρεσίες Μεταφοράς ΦΑ ή/και υπηρεσίες χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ στην πρωτογενή αγορά με διακριτικό τρόπο στην ΔΕΠΑ και στους ανταγωνιστές της ΔΕΠΑ με σκοπό τον αποκλεισμό των τελευταίων», όπως αβάσιμα υποστηρίζει. Και τούτο, διότι οι ΔΕΠΑ και ΔΕΣΦΑ, ναι μεν έχουν λειτουργική ανεξαρτησία, με την έννοια ότι η ΔΕΠΑ δεν μπορεί κατά τον νόμο να κατευθύνει με εντολές και υποδείξεις την συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ, ωστόσο, οι δύο εταιρείες ανήκουν στον ίδιον όμιλο, εφόσον ο ΔΕΣΦΑ αποτελεί θυγατρική κατά 100% της ΔΕΠΑ, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 9 περ. γ του Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, «...Η Δ.Ε.Π.Α. Α.Ε. μπορεί να εγκρίνει ιδίως το ετήσιο σχέδιο χρηματοδότησης ή ισοδύναμο μέσο του Δ.Ε.Σ.Φ.Α. Α.Ε. και να θέτει συνολικά όρια για τα επίπεδα της χρέωσης του...». Η διατήρηση δε και ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της ΔΕΠΑ στην αγορά προμήθειας μέσω της άρνησης πρόσβασης στην «πάνω» αγορά προμήθειας συνεπάγεται προφανή οικονομικά και επιχειρηματικά πλεονεκτήματα για τον ΔΕΣΦΑ, καθώς και αναμφίβολο οικονομικό κίνητρο για την συμπεριφορά του, αφού ως εταιρία ανήκει στον ίδιον όμιλο, και υπάγεται στις ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις αυτού.

172. Συνεπώς, ακόμη και εάν ο ΔΕΣΦΑ έδρασε αυτόνομα και όχι υπό τις υποδείξεις και εντολές της μητρικής του εταιρίας ΔΕΠΑ[196], κατά τρόπο ώστε η συμπεριφορά του να καταλογίζεται στον ίδιον, τούτο δεν τον απαλλάσσει

εταίρους άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές με αποτέλεσμα να περιέρχονται σε μειονεκτική θέση κατά τον ανταγωνισμό ή στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως διά της νοθεύσεως του ανταγωνισμού» με περαιτέρω παραπομπές.

191. Βλ. ενδεικτικά την απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Οκτωβρίου 1985, Centre belge d' etudes de marche, Υποθ. 311/84

192. Βλ. ενδεικτικά και Υποθ. C-241-2/91 P, RTE &ITP κατά Επιτροπής, Συλλ. 1995, I-743, ("Magill"). Βλ. και την Υποθ. T-128/98 της 12ης Δεκεμβρίου 2000, Aeroports de Paris κατά Επιτροπής, σκ. 163, όπου το ΓΔ απέρριψε ως στερούμενο νομικού ερείσματος τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας δεσπόζουσας επιχείρησης ότι το άρθρο 102 της ΣΛΕΕ (πρώην 82 ΣυνθΕΚ, πρώην 86 ΣυνθΕΟΚ) δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε αυτή για τον λόγο ότι δεν είναι παρούσα στις αγορές για τις οποίες η Επιτροπή είχε διαπιστώσει ότι θίγεται ο ανταγωνισμός. Ειδικότερα, το ΓΔ έκρινε ότι: «Δεν υφίσταται επιπλέον καμία αμφιβολία ότι η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως σε μία αγορά μπορεί να καταδικαστεί λόγω των αποτελεσμάτων που παράγει σε μια άλλη αγορά [..]. Αρκεί ότι η παροχή υπηρεσιών που προτείνεται από τον προσφέροντα είναι απαραίτητη για της άσκηση της ίδιας της δραστηριότητας τον αποδέκτη...», βλ. σκ. 164-165. Επομένως, σύμφωνα με το ΓΔ: «...όταν η επιχείρηση-αποδέκτης της υπηρεσίας βρίσκεται σε αγορά διαφορετική από εκείνη στην οποία είναι παρών ο παρέχων την υπηρεσία, οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρον 86 της Συνθήκης [νυν 102 ΣΛΕΕ] πληρούνται, εφόσον ο αποδέκτης βρίσκεται σε θέση οικονομικής εξαρτήσεως από τον φορέα παροχής της υπηρεσίας, λόγω της δεσπόζουσας θέσεως που καταλαμβάνει ο τελευταίος, χωρίς να είναι απαραίτητη η παρουσία αμφοτέρων στην ίδια αγορά. Αρκεί ότι η παροχή υπηρεσιών που προτείνεται από τον προσφέροντα είναι απαραίτητη για την άσκηση της ίδιας της δραστηριότητας του αποδέκτη...», βλ. και το σημείο 4 της επίσημης περίληψης που προηγείται του σκεπτικού της απόφασης.

193 Βλ. υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημα ΔΕΣΦΑ, σ. 20. Βλ. και Γνωμοδότηση [...] που προσκόμισε ο ΔΕΣΦΑ ως Σχετ. 1 του ως άνω υπομνήματος, σελ. 11.

194 Βλ. ενδεικτικά και Υποθ. T-128/98, Aeroports de Paris κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκ. 173: «...Το γεγονός ότι η ADP [ενν. η δεσπόζουσα επιχείρηση] δεν είχε συμφέρον να νοθεύσει τον ανταγωνισμό σε μια αγορά που δεν είναι παρούσα (...) στερείται (...) εν πάση περιπτώσει, λυσιτέλειας».

195 Βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, C-85/76. Βλ. και την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 1ης Απριλίου 1993, BPB Industries Pic και British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, T-65/89.

196 Βλ. πάντως την κατάθεση ενώπιον της ΓΔΑ στις 16.9.2010 [...] ανέφερε ότι, σε συνάντηση που είχε πραγματοποιηθεί στο Υπουργείο Ανάπτυξης, η ΔΕΠΑ υποστήριξε ότι εφόσον συντελεστεί η αποδέσμευση και εισαχθεί αέριο από τρίτο προμηθευτή, θα υποστεί ζημία, γιατί θα χάσει μερίδιο αγοράς και κατά συνέπεια δεν θα μπορέσει να εξυπηρετήσει τις συμβάσεις προμήθειας, οι οποίες περιέχουν ρήτρες «take or pay».

από την ευθύνη του για παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Και αυτό, διότι η φερόμενη αυτή αυτονομία δεν σημαίνει ότι δεν δραστηριοποιείται εν τοις πράγμασι στην «κάτω» αγορά μέσω άλλης εταιρίας του ίδιου ομίλου, και επομένως ότι δεν ανταγωνίζεται την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στην αγορά προμήθειας από την οποία είχε κίνητρο και όφελος να εξαλείψει τον ανταγωνισμό, όπως και έκανε. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η επιχειρηματολογία της Καταγγελλόμενης περί δήθεν αντίφασης ενός συμπεράσματος, το οποίο αφενός αναγνωρίζει την αυτονομία της συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ, καταλογίζοντας την σε αυτόν και όχι στην ΔΕΠΑ, και αφετέρου, διαπιστώνει τη στοιχειοθέτηση της παράβασης της άρνησης πρόσβασης, είναι εσφαλμένη, η δε Καταγγελλόμενη συγχέει το ζήτημα, αφενός, του καταλογισμού και, αφετέρου, της στοιχειοθέτησης της παράβασης.

173. Εξάλλου, η ανωτέρω παράβαση στοιχειοθετείται ανεξάρτητα από τα άμεσα ή μη οικονομικά πλεονεκτήματα εκείνου που διαπράττει την κατάχρηση. Εν προκειμένω, το γεγονός ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν έχει άμεσο οικονομικό όφελος από την άρνηση πώλησης (πρόσβασης στη βασική διευκόλυνση) - ενόψει του ότι τα τιμολόγια του είναι πλήρως ρυθμισμένα και ίδια για όλους - δεν αίρει την παράβασή του. Η τυχόν «συμπάθεια» προς τη ΔΕΠΑ και η «αντιπάθεια» ή ακόμη και η «οκνηρία» που επέδειξε προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ (εάν ήθελε θεωρηθεί ότι απλώς δεν είχε οικονομικό κίνητρο να μισθώσει σε αυτήν μία δυναμικότητα δικτύου για την οποία θα πληρωνόταν ούτως ή άλλως από τη ΔΕΠΑ), αρκούν για να στοιχειοθετήσουν την ευθύνη του. Ανεξαρτήτως δε των κινήτρων που τον οδήγησαν στην εν λόγω παράνομη συμπεριφορά του (δηλαδή να προσπορίσει σημαντικά οικονομικά οφέλη στη ΔΕΠΑ με τη διατήρηση του μονοπωλίου της σε δύο αγορές), τα οποία είναι, όπως προαναφέρθηκε, αδιάφορα για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης, ο ΔΕΣΦΑ, απέκλεισε την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ από την πρόσβαση στο ΕΣΦΑ με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της και από την αγορά προμήθειας φυσικού αερίου.

174. Τονίζεται περαιτέρω, ότι ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ πως «για να θεμελιωθεί παράβαση τον ν. 703/1977 και 102 ΣΛΕΕ θα πρέπει να αποδειχθεί ότι υπήρξε ζημία στους τελικούς καταναλωτές»[197], δεν ευσταθεί. Κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν αφορά μόνο πρακτικές που μπορεί να ζημιώσουν άμεσα τους καταναλωτές αλλά, επίσης, και πρακτικές που είναι ζημιογόνες για αυτούς μέσω της επίδρασής τους σε μια αποτελεσματική δομή ανταγωνισμού[198]. Επομένως, προφανώς το άρθρο 102 ΣΛΕΕ προστατεύει τα συμφέροντα των καταναλωτών, η προστασία όμως αυτή επιτυγχάνεται με την εν γένει απαγόρευση των πρακτικών που θα μπορούσαν να εφαρμόσουν οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις και οι οποίες έχουν «αρνητικό αντίκτυπο στην ευημερία του καταναλωτή» είτε παρακωλύοντας τον ελεύθερο ανταγωνισμό και, κατ' έμμεση συνέπεια, τους καταναλωτές, είτε βλάπτοντας ευθέως τους τελευταίους. Εν προκειμένω, η συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ, η οποία οδήγησε στον αποκλεισμό της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ (ή και άλλων)[199] από την «κάτω» αγορά προμήθειας φυσικού αερίου ζημίωσε, τόσο τη δομή της αγοράς, η οποία παρέμεινε μονοπωλιακή για το χρονικό διάστημα της υπό εξέταση υπόθεσης όσο και τους τελικούς καταναλωτές. Και τούτο, διότι η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ θα μπορούσε κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα να προμηθευτεί φυσικό αέριο σε τιμές πιο συμφέρουσες από αυτές που τελικά προμηθεύτηκε και να αποκτήσει έτσι τη δυνατότητα να μετακυλήσει το όποιο όφελος από τη μείωση του κόστους προμήθειας φυσικού αερίου στο τελικό προϊόν, δηλαδή, στους καταναλωτές[200].

175. Περαιτέρω, διευκρινίζεται συμπληρωματικά, ότι ο ισχυρισμός του ΔΕΣΦΑ στο υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημά του ότι η ΡΑΕ «[...] αξιολόγησε ότι ο ΔΕΣΦΑ δεν έχει παραβεί τον ν. 703/1977 και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ», προβάλλεται προφανώς αλυσιτελώς. Η ΡΑΕ διαβίβασε την υπό εξέταση Καταγγελία στην ΕΑ, αναγνωρίζοντας την αρμοδιότητα της τελευταίας για τη διερεύνηση των ισχυρισμών της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, καθόσον αυτοί αφορούσαν παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, και για την εξέταση των οποίων η ΡΑΕ δεν είχε αρμοδιότητα. Επίσης, αλυσιτελώς προβάλλεται και ο ισχυρισμός, στο ίδιο υπόμνημα, του ΔΕΣΦΑ, ότι η ΡΑΕ δεν ζήτησε από την ΕΑ να διερευνηθεί, αν ο ΔΕΣΦΑ έχει καταχραστεί τη δεσπόζουσα θέση του στην πρωτογενή αγορά μεταφοράς ΦΑ σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού. Και αυτό αφενός επειδή η ΡΑΕ παρέπεμψε την Καταγγελία της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στην ΕΑ, η οποία (Καταγγελία) περιείχε αιτιάσεις για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, αφετέρου διότι η ΕΑ έχει αρμοδιότητα να επιληφθεί της εξέτασης τυχόν παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού και αυτεπαγγέλτως, οσάκις λαμβάνει γνώση γεγονότων που είναι δυνατόν να αποτελούν παραβάσεις εν λόγω διατάξεων, όπως αναφέρθηκε ήδη και ανωτέρω.

176. Συνεπώς, η παράλειψη του ΔΕΣΦΑ να διασφαλίσει, κατά τα ανωτέρω, την ελεύθερη πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο ΕΣΦΑ συνιστά άρνηση πρόσβασης σε «βασική διευκόλυνση» κατά παράβαση των άρθρων 2 Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ.

Δ. Καταλογισμός της συμπεριφοράς του ΔΕΣΦΑ στη ΔΕΠΑ

177. Κατά πάγια ενωσιακή νομολογία, η αντίθετη προς τους κανόνες ανταγωνισμού συμπεριφορά μιας επιχείρησης μπορεί να καταλογιστεί σε άλλη, όταν η πρώτη δεν έχει καθορίσει αυτοτελώς τη συμπεριφορά της στην

Σημειώνει, περαιτέρω, πως [...] προκάλεσε εντύπωση ότι ο τότε Πρόεδρος του ΔΕΣΦΑ και η νομικός σύμβουλος της εταιρείας συμφωνούσαν με τα επιχειρήματα της ΔΕΠΑ.

197 Βλ. υπ' αριθμ. 379/14.9.2012 Υπόμνημα του ΔΕΣΦΑ, σελ. 22.

198 Βλ. ενδεικτικά την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 18ης Απριλίου 1975, Europemballage Corporation και Continental Can Company Inc. κατά Επιτροπής, υποθ. 6/72.

199 Ότι για την εισαγωγή spot φορτίων κατά την επίμαχη περίοδο με τη χρήση της εγκατάστασης της Ρεβυθούσας είχαν εκφράσει ενδιαφέρον και άλλοι πιθανοί χρήστες του ΕΣΦΑ, βλ. παραδοχή του [...], μάρτυρα του ΔΕΣΦΑ, κατά την 64ης Συνεδρίαση της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012 σελ. 67, καθώς και σχετική παραδοχή του εκπροσώπου του ΔΕΣΦΑ [...], σελ. 100 επ. των ως άνω πρακτικών: «[...]: [...] Όλοι οι παίκτες τότε, εν τω μεταξύ εν όψει των κωδίκων, που θέλανε να μπούνε, και υπήρχαν παίκτες πολύ μεγαλύτεροι από την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ όπως είναι η ΔΕΗ που είχε τεράστια συμφέροντα να φέρει υγροποιημένο φυσικό αέριο για να μειώσει το κόστος του ρεύματος που είναι σημαντικό και για τον τελικό καταναλωτή και περίμενε να βγουν οι κώδικες και πίεζε για να μπορέσει να λειτουργήσει το σύστημα καθαρά και να ξέρει τους όρους του παιχνιδιού. Η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ πήγε και έτσι λίγο τραβηγμένα χωρίς να έχουν βγει οι κώδικες έφερε το πλοίο, το έφερε απ' έξω και πίεζε και έλεγε θέλω σώνει και καλά να ξεφορτώσω και δημιούργησε μια κρίση τότε το όλο θέμα της ενέργειας. Δεν λέω ότι κακώς έκανε η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ που έφερε το πλοίο αλλά και οι άλλοι θέλανε να φέρουνε πλοία. Και η ΔΕΗ έφερε πλοία που για κάθε πλοίο είχε όφελος [...] ευρώ που αυτό ήταν ένα σημαντικό όφελος και στη λειτουργία της εταιρίας. [...]».

200 Σημειώνεται διευκρινιστικά ότι πάντως η έννοια των «καταναλωτών» περιλαμβάνει και όλους τους άμεσους και έμμεσους χρήστες των προϊόντων που επηρεάζονται από τη συμπεριφορά, συμπεριλαμβανομένων των ενδιάμεσων παραγωγών που χρησιμοποιούν τα προϊόντα ως εισροή.

αγορά, αλλά έχει ακολουθήσει ουσιαστικά τις οδηγίες της δεύτερης, λαμβανομένων υπ' όψιν ιδίως των οικονομικών και νομικών δεσμών που τις συνδέουν. Κατά τη νομολογία αυτή, η Επιτροπή δεν μπορεί να περιορίζεται στη διαπίστωση ότι μια επιχείρηση μπορεί να ασκήσει μια τέτοια αποφασιστική επιρροή σε άλλη επιχείρηση, χωρίς να χρειάζεται να εξακριβωθεί, εάν η εν λόγω επιρροή πράγματι ασκήθηκε αλλά πρέπει να αποδείξει αυτήν την επιρροή βάσει ενός συνόλου πραγματικών στοιχείων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η ενδεχόμενη εξουσία διευθύνσεως μιας εκ των δύο επιχειρήσεων από την άλλη[201].

178. Όσον αφορά το ζήτημα, αν μπορεί να καταλογιστεί στη μητρική εταιρία η συμπεριφορά της θυγατρικής της, αυτό μπορεί να γίνει, όταν η θυγατρική δεν καθορίζει αυτόνομα τη γραμμή δράσης της στην αγορά, αλλά εφαρμόζει, κυρίως, τις οδηγίες που της παρέχει η μητρική εταιρία[202]. Στην περίπτωση δε που μία μητρική εταιρία ελέγχει κατά 100% τη θυγατρική της, η οποία επιδεικνύει παραβατική συμπεριφορά, υφίσταται ένα μαχητό τεκμήριο, ότι η εν λόγω μητρική εταιρία ασκεί πράγματι αποφασιστική επιρροή επί της συμπεριφοράς της θυγατρικής της. Εναπόκειται, επομένως, στη μητρική εταιρία να κλονίσει το τεκμήριο αυτό προσκομίζοντας στοιχεία που να αποδεικνύουν την αυτονομία της θυγατρικής.

179. Στην προκειμένη περίπτωση, το σύνολο του μετοχικού κεφαλαίου του ΔΕΣΦΑ ελέγχεται από τη ΔΕΠΑ. Ωστόσο, βάσει του ειδικού νομοθετικού πλαισίου που διέπει τη διαχείριση του ΕΣΦΑ, με το οποίο λαμβάνεται κάθε αναγκαίο μέτρο, τόσο για το νομικό και περιουσιακό διαχωρισμό της κυριότητας και εκμετάλλευσης του δικτύου από τις επιχειρηματικές δραστηριότητες παραγωγής, εισαγωγής και προμήθειας φυσικού αερίου όσο και για τη διασφάλιση της λειτουργικής ανεξαρτησίας του ΔΕΣΦΑ έναντι της ΔΕΠΑ[203], εκτιμάται ότι ο ΔΕΣΦΑ πιθανότατα διαφοροποιείται από μία κοινή θυγατρική εταιρία. Συγκεκριμένα:

180. Σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 3 του Ν. 3428/2005, όπως εξακολουθεί να ισχύει, στον ΔΕΣΦΑ μεταβιβάστηκε, με απόσπαση από τη ΔΕΠΑ, ο κλάδος του ΕΣΦΑ. Με τη μεταβίβαση αυτή ο ΔΕΣΦΑ απέκτησε πλήρες και αποκλειστικό δικαίωμα στη λειτουργία, διαχείριση, εκμετάλλευση και ανάπτυξη του ΕΣΦΑ, ενώ απαγορεύεται η συμμετοχή του σε επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στους τομείς της παραγωγής και προμήθειας φυσικού αερίου[204]. Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 5 του ίδιου άρθρου, όπως ίσχυε κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, για χρονικό διάστημα δέκα ετών από τη σύσταση του ΔΕΣΦΑ και ανεξάρτητα από τη μετοχική σύνθεση της ΔΕΠΑ, τα μέλη του Δ.Σ. του ΔΕΣΦΑ διορίζονταν και ανακαλούνταν με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης. Με όμοια απόφαση ορίζονταν και ανακαλούνταν ο Πρόεδρος του Δ.Σ. και ο Διευθύνων Σύμβουλος του ΔΕΣΦΑ, ενώ τουλάχιστον τυπικά, και σύμφωνα με την παρ. 6 του ίδιου άρθρου, όπως ίσχυε κατά την επίμαχη περίοδο, τα μέλη του Δ.Σ. του ΔΕΣΦΑ πρέπει να είναι ανεξάρτητα και να μη συνδέονται με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, έργου ή εντολής με επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα της παραγωγής, διανομής και προμήθειας φυσικού αερίου.

181. Πλέον, με την Άδεια Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ[205] καθορίστηκαν μέτρα διασφάλισης της ανεξαρτησίας του ΔΕΣΦΑ έναντι της ΔΕΠΑ, με βάση τα κριτήρια:

α) Τα πρόσωπα που είναι υπεύθυνα για τη διαχείριση του ΕΣΦΑ δεν μπορούν να συμμετέχουν σε διαρθρωτικές δομές της ΔΕΠΑ[206],

β) Διασφαλίζεται ότι λαμβάνονται υπόψη τα επαγγελματικά συμφέροντα των προσώπων που είναι υπεύθυνα για τη διαχείριση του ΕΣΦΑ, προκειμένου τα πρόσωπα αυτά να ενεργούν με ανεξαρτησία έναντι της ΔΕΠΑ[207],

γ) Ο ΔΕΣΦΑ έχει την αποκλειστική αρμοδιότητα να λαμβάνει αποφάσεις που αφορούν τους πόρους, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για τη λειτουργία, τη συντήρηση και την ανάπτυξη του δικτύου, χωρίς να αποκλείονται κατάλληλοι

---

201 Απόφαση ΓΔ Τ-314/01, Avebe κατά Επιτροπής, Συλλ. 2006, σελ. ΙΙ-3085, σκ. 135, 136 και τη σχετική νομολογία στην οποία παραπέμπει.

202 Απόφαση ΓΔ Τ-65/89, BPB Industries plc κατά Επιτροπής, Συλλ. 1993, σελ. ΙΙ-389, σκ. 149 και τη σχετική νομολογία στην οποία παραπέμπει.

203 Βλ. άρθρα 6, 7, και 8 Ν. 3428/2005, ως ίσχυε.

204 Στην παρ. 4 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι ο ΔΕΣΦΑ υποκαθίσταται σε όλα εν γένει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις της ΔΕΠΑ που αφορούν τον εισφερόμενο κλάδο και η εξομοίωση αυτή εξομοιώνεται με καθολική διαδοχή, ενώ αντίστοιχα η ΔΕΠΑ απαλλάσσεται από κάθε υποχρέωση έναντι οποιουδήποτε τρίτου, ως προς τις οποίες υποκαθίσταται ο ΔΕΣΦΑ.

205 Βλ. ΥΑ Δ1/Α/5815 (ΦΕΚ Β΄ 464/19.4.2010).

206 Συγκεκριμένα στο άρθρο 36 παρ. 2 της Άδειας Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ ορίζεται ότι: «...α) Τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου του ΔΕΣΦΑ Α.Ε., οι γενικοί διευθυντές, οι διευθυντές, και κάθε άλλο πρόσωπο που ασκεί διοίκηση ή λαμβάνει αποφάσεις καθημερινής διαχείρισης του ΕΣΦΑ, πρέπει, κατά τη διάρκεια της θητείας τους, να είναι ανεξάρτητα και να μη συνδέονται με οποιαδήποτε σχέση εργασίας, έργου ή εντολής ή άλλη επιχειρηματική ή επαγγελματική σχέση με τη ΔΕΠΑ Α.Ε. ή με συνδεδεμένη με αυτήν επιχείρηση ή με άλλη επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην παραγωγή, διανομή και προμήθεια φυσικού αερίου καθώς και στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας. β) Τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου του ΔΕΣΦΑ Α.Ε., οι γενικοί διευθυντές, οι διευθυντές, και κάθε άλλο πρόσωπο που ασκεί διοίκηση ή λαμβάνει αποφάσεις καθημερινής διαχείρισης του ΕΣΦΑ, κατά τη διάρκεια της θητείας τους, δεν κατέχουν μετοχές σε ποσοστό μεγαλύτερο του 0,5% του μετοχικού κεφαλαίου της ΔΕΠΑ Α.Ε. ή συνδεδεμένης με αυτήν επιχείρησης ή άλλης επιχείρησης που δραστηριοποιείται στην παραγωγή, διανομή και προμήθεια φυσικού αερίου καθώς και στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας. γ) Τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της ΔΕΠΑ ΑΕ, οι γενικοί διευθυντές, οι διευθυντές, και κάθε άλλο πρόσωπο που ασκεί διοίκηση στη ΔΕΠΑ ΑΕ μπορούν να ασκούν μόνο τα καθήκοντα που σχετίζονται με την έγκριση του ετήσιου σχεδίου χρηματοδότησης ή άλλου ισοδύναμου μέσου στον ΔΕΣΦΑ ΑΕ και δεν έχουν το δικαίωμα επέμβασης στη διαχείριση, την καθημερινή λειτουργία καθώς και σε επιμέρους αποφάσεις που αφορούν την αναβάθμιση του ΕΣΦΑ εφόσον δεν σημειώνεται υπέρβαση του χρηματοδοτικού πλαισίου που έχει εγκριθεί. δ) Οι περιορισμοί των υποπαραγράφων α) και β) ισχύουν και για τους συζύγους των εκεί αναφερόμενων προσώπων, τους συγγενείς αυτών εξ αίματος ή εξ αγχιστείας μέχρι δευτέρου βαθμού, καθώς και τα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τους ανωτέρω».

207 Συγκεκριμένα στο άρθρο 36 παρ. 2 της Άδειας Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ ορίζεται ότι: «...ε) Η αμοιβή των μελών του διοικητικού συμβουλίου του ΔΕΣΦΑ Α.Ε., των γενικών διευθυντών, των διευθυντών και κάθε άλλου προσώπου που ασκεί διοίκηση ή λαμβάνει αποφάσεις καθημερινής διαχείρισης του ΕΣΦΑ, απαγορεύεται να συνδέεται με την απόδοση ή την κερδοφορία της ΔΕΠΑ Α.Ε., ή συνδεδεμένης με αυτήν επιχείρησης, στ) Οι λόγοι ανάκλησης ή αντικατάστασης των μελών του διοικητικού συμβουλίου του ΔΕΣΦΑ Α.Ε. με πρωτοβουλία της ΔΕΠΑ Α.Ε., ή συνδεδεμένης με αυτήν επιχείρησης, μετά το πέρας της δεκαετίας από τη σύσταση του ΔΕΣΦΑ Α.Ε., πρέπει να απαριθμούνται περιοριστικά στο Καταστατικό του κατόχου της Άδειας, ζ) Μετακίνηση προσωπικού από τον ΔΕΣΦΑ Α.Ε. στη ΔΕΠΑ Α.Ε. ή σε συνδεδεμένη με αυτή επιχείρηση και αντίστροφα είναι δυνατή μόνον υπό προϋποθέσεις που διασφαλίζουν την ανεξαρτησία των μετακινούμενων προσώπων και ιδίως ότι: αα) το μετακινούμενο προσωπικό εποπτεύεται κατά τη διάρκεια της εργασιακής του σχέσης με τον ΔΕΣΦΑ Α.Ε. μόνο από τη διοίκηση αυτού, ββ) αποφάσεις επί των μισθολογικών θεμάτων και των θεμάτων επαγγελματικής εξέλιξης του προσωπικού του λαμβάνονται αποκλειστικά από τον ΔΕΣΦΑ Α.Ε. και γγ) δεν επιτρέπεται να προκαθορίζεται η πρόσληψη προσώπου στη ΔΕΠΑ Α.Ε. ή σε συνδεδεμένη με αυτήν επιχείρηση, μετά το πέρας της θητείας του, σε διοικητική θέση του ΔΕΣΦΑ Α.Ε...».

συντονιστικοί μηχανισμοί, ώστε να προστατεύονται τα οικονομικά δικαιώματα και τα δικαιώματα εποπτείας της διαχείρισης τα οποία διατηρεί η ΔΕΠΑ, όσον αφορά την απόδοση πόρων του ΔΕΣΦΑ.

182. Σημειώνεται, βεβαίως, ότι η ΔΕΠΑ, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 9 Ν. 3428/2005, όπως ίσχυε, μπορούσε να εγκρίνει ιδίως το ετήσιο σχέδιο χρηματοδότησης ή ισοδύναμο μέσο του ΔΕΣΦΑ και να θέτει συνολικά όρια για τα επίπεδα της χρέωσής του. Πάντως, δεν επιτρέπεται στη ΔΕΠΑ να δίνει εντολές για την καθημερινή λειτουργία ή τη λήψη αποφάσεων που αφορούν την κατασκευή ή την αναβάθμιση των γραμμών μεταφοράς, οι οποίες δεν υπερβαίνουν τους όρους του εγκεκριμένου χρηματοδοτικού σχεδίου ή οποιουδήποτε ισοδύναμου μέσου[208].

183. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 2 περιπτ. γ΄ της Άδειας Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, τα μέλη του Δ.Σ. της ΔΕΠΑ, οι γενικοί διευθυντές, οι διευθυντές και κάθε άλλο πρόσωπο που ασκεί διοίκηση στη ΔΕΠΑ, μπορούν να ασκούν μόνο καθήκοντα που σχετίζονται με την έγκριση του ετήσιου σχεδίου χρηματοδότησης ή άλλου ισοδύναμου μέσου στον ΔΕΣΦΑ και δεν έχουν το δικαίωμα επέμβασης στη διαχείριση, την καθημερινή λειτουργία καθώς και τις επιμέρους αποφάσεις που αφορούν την αναβάθμιση του ΕΣΦΑ, εφόσον δεν σημειώνεται υπέρβαση του χρηματοδοτικού σχεδίου που έχει επιβληθεί.

184. Τη λειτουργική και ρυθμιστική ανεξαρτησία του ΔΕΣΦΑ έναντι της ΔΕΠΑ υποστηρίζει, τόσο ο ΔΕΣΦΑ[209] όσο και η ΔΕΠΑ[210].

185. Ωστόσο, από τα ανωτέρω εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά και τα υπάρχοντα στοιχεία, δεν μπορεί να συναχθεί με βεβαιότητα κατά πόσον ο ΔΕΣΦΑ λειτούργησε ανεξάρτητα από τη ΔΕΠΑ στην υπό εξέταση περίπτωση. Ο ΔΕΣΦΑ μετέβαλε διαρκώς τη θέση του, ως προς τη δυνατότητα ή μη αποδέσμευσης μεταφορικής ικανότητας. Συγκεκριμένα, ενώ αρχικά αρνήθηκε στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ την παροχή πρόσβασης στην εγκατάσταση ΥΦΑ της Ρεβυθούσας για τη μεταφορά φορτίου στο «Σημείο Εξόδου AdG», στη συνέχεια ανακάλεσε την παραπάνω θέση του και επέτρεψε την αποδέσμευση της μεταφορικής ικανότητας στο εν λόγω σημείο εξόδου του ΕΣΦΑ. Κατόπιν, όμως, αρνήθηκε εν τοις πράγμασι την πρόσβαση της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο δίκτυο, αφού δεν προέβη ποτέ στην κατάρτιση της σύμβασης μεταφοράς με την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ με αποτέλεσμα τη μη παραλαβή από την τελευταία του φορτίου ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα. Εν συνεχεία δε ανακάλεσε την προαναφερόμενη απόφασή του για την αποδέσμευση συμβατικά δεσμευμένης δυναμικότητας στο «Σημείο Εξόδου AdG».

186. Η ανωτέρω αντιφατική εν πολλοίς συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ μπορεί βασίμως να αποδοθεί, ενδεχομένως από την ασκούμενη επί αυτού επιρροή από μέρους της ΔΕΠΑ, ως μητρικής και έχουσας κάθε συμφέρον από την έκβαση της συγκεκριμένης υπόθεσης, παρότι θεωρητικά, και σύμφωνα με την προαναφερόμενη Άδεια Κυριότητας και Διαχείρισης ΕΣΦΑ (η οποία σημειωτέον δεν είχε εκδοθεί κατά το χρόνο της επίμαχης πρακτικής) ο ΔΕΣΦΑ διαθέτει λειτουργική και ρυθμιστική ανεξαρτησία. Κατά δε την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ στελέχη του ΔΕΣΦΑ παραδέχθηκαν ότι ο ΔΕΣΦΑ παραβρέθηκε σε συναντήσεις με τη ΔΕΠΑ κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα, οι οποίες (συναντήσεις) αφορούσαν ακριβώς την επίλυση του ζητήματος της παροχής ή όχι πρόσβασης στο δίκτυο στην ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, όπου η ΔΕΠΑ εξέφρασε ευθαρσώς την επιθυμία της να αποκλείσει «άλλους παίκτες από την αγορά»[211].

187. Εξάλλου, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει, ότι ο ΔΕΣΦΑ έλαβε υπόψη του κατά τη χάραξη της δράσης του ότι «[…]»[212]. Επομένως, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι ο ΔΕΣΦΑ απέβλεπε και σε ίδιον όφελος από την ακολουθούμενη πρακτική.

188. Πάντως, δεν παραγνωρίζεται ότι από την παρεμπόδιση πρόσβασης της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ στο ΕΣΦΑ, πρωτίστως, ωφελήθηκε η ΔΕΠΑ. Και αυτό γιατί, η άρνηση από το ΔΕΣΦΑ πρόσβασης στις συγκεκριμένες διευκολύνσεις/υπο-

208 Σχετικώς πλέον ισχύει το άρθρο 36 παρ. 2γ της Άδειας Κυριότητας και Διαχείρισης του ΕΣΦΑ, που προαναφέρθηκε, με παρόμοιο περιεχόμενο.

209 Βλ. την από 14.10.2010 κατάθεση […], ενώπιον της Γ.Δ.Α., όπου σε ερώτηση αναφορικά με τον βαθμό εμπλοκής-παρέμβασης της ΔΕΠΑ σε αποφάσεις του ΔΕΣΦΑ, δεδομένου ότι ο ΔΕΣΦΑ αποτελεί κατά 100% θυγατρική της ΔΕΠΑ, απάντησε ότι «Υπάρχει εκ του νόμου ανεξαρτησία του ΔΕΣΦΑ... δεν επιτρέπεται να παρεμβαίνει η ΔΕΠΑ στη λειτουργία και στις αποφάσεις του ΔΕΣΦΑ. Η ΔΕΠΑ εγκρίνει στις ετήσιες τακτικές Γ.Σ. τις οικονομικές καταστάσεις, όπως ειδικότερα προβλέπεται στο Ν. 2190/20, ο οποίος εν προκειμένω εφαρμόζεται. Σε θέματα που αφορούν διαχείριση ΕΣΦΑ και την εν γένει δραστηριότητα της εταιρίας, σύμφωνα με το νόμο και το καταστατικό του ΔΕΣΦΑ δεν υπάρχει παρέμβαση ή οποιασδήποτε φύσεως εμπλοκή της ΔΕΠΑ». Περαιτέρω προσθέτει ότι «Η συνεργασία με τη ΔΕΠΑ καθ' όλο το χρονικό διάστημα από την ίδρυση του ΔΕΣΦΑ μέχρι σήμερα γινόταν και γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου», ενώ σε ερώτηση αν υπέπεσε στην αντίληψή […] κάποια άμεση ή έμμεση πίεση, παραίνεση, προτροπή ή απειλή προς κάποιο στέλεχος εργαζόμενο του ΔΕΣΦΑ προκειμένου να ενεργήσει κατά (ή υπέρ) των συμφερόντων της ΔΕΠΑ ή της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ απάντησε αρνητικά. Ομοίως […] κατέθεσε ότι «Με τη ΔΕΠΑ υπήρχε συνεργασία σε διάφορα θέματα, επειδή κυρίως ήταν χρήστης του ΕΣΦΑ και κατά συνέπεια ήταν πελάτης του ΔΕΣΦΑ. Να σημειωθεί επιπλέον ότι η ΔΕΠΑ ήταν προμηθευτής του ΔΕΣΦΑ σε ΥΦΑ για την εξισορρόπηση του συστήματος. Οι όποιες επαφές ήταν στο πλαίσιο της ανωτέρω συνεργασίας... Δεν υπήρξε καμία αναφορά ή πίεση της ΔΕΠΑ, της Διοίκησης ή άλλων ανθρώπων της ΔΕΠΑ […]. Δεν γνωρίζω εάν υπήρξε πίεση σε […], ούτε μπορώ να εξηγήσω από ένα σημείο και μετά την επίμονη άρνησή τους να ακολουθήσουν τη σύσταση της ΡΑΕ». Το ίδιο κατάθεσε και […]) ενώπιον της ΓΔΑ στις 4.10.2010. Συγκεκριμένα ανέφερε ότι: «Δεν προβλέπεται καμία ανάμιξη της ΔΕΠΑ στην λειτουργία του ΔΕΣΦΑ. Προβλέπεται μόνο η έγκριση σε επενδυτικά σχέδια της ΔΕΣΦΑ, εφόσον απαιτούν αύξηση μετοχικού κεφαλαίου, αλλά δεν έχει γίνει μέχρι σήμερα. Ο ΔΕΣΦΑ κατέχει την κυριότητα του δικτύου μεταφοράς ΦΑ. Η ΔΕΠΑ δεν εμπλέκεται καθόλου στην όλη λειτουργία του ΔΕΣΦΑ».

210 Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-101344/30.11.2009 επιστολή της ΔΕΠΑ προς την ΡΑΕ, σελ. 16-17, όπου αναφέρεται ότι «Σε αντίθεση δε με τις αβάσιμες υπόνοιες, οι οποίες καταλείπονται στην καταγγελία της "ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ", ουδόλως επηρεάζεται η λειτουργική και ρυθμιστική ανεξαρτησία του ΔΕΣΦΑ από την μετοχική σχέση, η οποία τον συνδέει με την ΔΕΠΑ, καθώς ο ΔΕΣΦΑ αποτελεί αυτοτελές νομικό πρόσωπο έναντι της ΔΕΠΑ, έχει αυτοτελές προσωπικό, χωριστούς λογαριασμούς, πλήρη οικονομική αυτοτέλεια και ανεξαρτησία έναντι της ΔΕΠΑ, η οποία καν δεν έχει το δικαίωμα να ορίζει την διοίκησή του...». Βλ. σχετικά και την υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-105636/20.1.2010 επιστολή της ΔΕΠΑ προς την ΡΑΕ (σελ. 19-20), καθώς και την κατάθεση […], ενώπιον της ΓΔΑ στις 14.3.2011, που ανέφερε ότι «Η σχέση μεταξύ ΔΕΠΑ και ΔΕΣΦΑ από την πρώτη μέρα δημιουργίας της ΔΕΣΦΑ με την απόσχιση κλάδου, ήταν καθαρά μετοχική, σύμφωνα με την οδηγία και καμία σχέση δεν είχαν σε διοικητικό επιχειρηματικό ή άλλο επίπεδο...», όπως και την κατάθεση […], ενώπιον της ΓΔΑ στις 8.3.2011, που ανέφερε ότι «Τυπικά και το υπογραμμίζω ο ΔΕΣΦΑ είναι θυγατρική […]. Δια νόμου και δια των οδηγιών υπάρχει απόλυτη λειτουργική ανεξαρτησία. Ο νόμος ειδικότερα και το τρίτο πακέτο περιορίζει την όποια επιρροή μας σε μια υψηλή επιχειρηματική εποπτεία αποκλειστικά αναφορικά με το επίπεδο του δανεισμού, την έγκριση των οικονομικών καταστάσεων και τη χρηματοδότηση των επενδύσεων, που αποφασίζει ο ΔΕΣΦΑ, χωρίς όμως τη συμμετοχή της ΔΕΠΑ. Δεν ορίζουμε ούτε ένα μέλος στο Δ.Σ. του ΔΕΣΦΑ. Στην καθημερινή λειτουργία του ΔΕΣΦΑ αναφορικά με την ομαλή λειτουργία της αγοράς φυσικού αερίου ο ΔΕΣΦΑ είναι καθόλα ανεξάρτητη επιχείρηση».

211 Βλ. δήλωση του εκπροσώπου του ΔΕΣΦΑ […] κατά την 64η Συνεδρίαση της ΕΑ της 11ης Οκτωβρίου 2012 σε σχετική ερώτηση «Η ΔΕΠΑ είπε ότι εγώ δεν θέλω να μπει άλλος παίκτης στην αγορά».

212 Βλ. αντίγραφο πρακτικών Δ.Σ. του ΔΕΣΦΑ της […], συνημμένη στο υπ' αριθμ. πρωτ. ΡΑΕ Ι-106511/2.2.2010 έγγραφο.

δομές είχε σαν αποτέλεσμα την εξαφάνιση οποιουδήποτε ανταγωνισμού στην παρεπόμενη αγορά προμήθειας φυσικού αερίου, με αποτέλεσμα, αφενός ο Επιλέγων Πελάτης (ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ) να μην προμηθευτεί τελικά φυσικό αέριο από τρίτους προμηθευτές (παρά μόνο από τη ΔΕΠΑ), αφετέρου οι τελευταίοι να μην πωλήσουν φυσικό αέριο σε Επιλέγοντες Πελάτες (εν προκειμένω την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ).

189. Περαιτέρω, περιορισμός του ανταγωνισμού προκαλείται, εκτός από την αγορά προμήθειας φυσικού αερίου, και στην αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου, αφού η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με την ιδιότητα του Επιλέγοντος Πελάτη και του Χρήστη του ΕΣΦΑ, είναι ανταγωνίστρια της ΔΕΠΑ στις εν λόγω αγορές, έχουσα δικαίωμα να μεταπωλεί και να μεταφέρει φυσικό αέριο σε αγοραστές, κάνοντας χρήση του ΕΣΦΑ[213].

190. Σύμφωνα με τα ανωτέρω συμπεραίνεται, ότι αν και υπάρχουν σοβαρότατες ενδείξεις πως ο ΔΕΣΦΑ δεν καθόρισε αυτόνομα, στην υπό εξέταση περίπτωση, τη γραμμή δράσης του στην αγορά, από τα υπάρχοντα στοιχεία του φακέλου δεν διαπιστώνεται με ασφάλεια, όπως θα ήταν ενδεδειγμένο εδώ κατ' εξαίρεση, ενόψει του ειδικού νομοθετικού πλαισίου για το νομικό και περιουσιακό διαχωρισμό των ΔΕΠΑ-ΔΕΣΦΑ, κατά πόσον η ΔΕΠΑ πράγματι άσκησε επιρροή στο ΔΕΣΦΑ παρέχοντάς του οδηγίες και υποδείξεις, και καθορίζοντας, εν τέλει, τη συμπεριφορά του στην αγορά.

IX. ΕΠΙΒΟΛΗ ΚΥΡΩΣΕΩΝ

IX. 1. Πρόστιμα - Γενικό πλαίσιο

191. Όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, εξαίρεση της αρχής, ότι εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο επελεύσεως των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις, γίνεται δεκτή στην περίπτωση ύπαρξης ευμενέστερου χαρακτήρα ενός νέου νόμου. Ο ευμενέστερος χαρακτήρας ή μη του νέου νόμου κρίνεται από τη νομολογία (ex post), όχι γενικώς, αλλά ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης, δηλαδή, ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών[214].

192. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, συγκρίνοντας για τον υπολογισμό του προστίμου τη νεότερη διάταξη του αρ. 25 παρ. 2 (α) του Ν. 3959/2011 και την προϊσχύουσα του αρ. 9 παρ. 2 εδ. β΄ του Ν. 703/1977 διαπιστώνεται ότι ρύθμιση του άρθρου 25 παρ. 2 (α) Ν. 3959/2011 δεν είναι σε κάθε περίπτωση επιεικέστερη, παρότι το ανώτατο όριο του προστίμου μειώθηκε με τη νεότερη διάταξη σε 10% του συνολικού κύκλου εργασιών, καθώς τα κριτήρια υπολογισμού του προστίμου παραμένουν κατ' ουσίαν τα ίδια. Συνεπώς δεν συντρέχει περίπτωση της κατ' εξαίρεση εφαρμογής μεταγένεστερης της παράβασης διάταξης νόμου ως επιεικέστερης ρύθμισης. Ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 25 παρ. 2 (α) Ν. 3959/2011 θα ετίθετο, μόνον εάν η ΕΑ επιβάλει στη συγκεκριμένη περίπτωση πρόστιμο το οποίο υπερβαίνει το όριο του 10%, δεδομένου ότι το αντίστοιχο όριο του άρθρου 9 παρ. 2 εδ. γ΄ του Ν. 703/77 ανέρχεται σε 15% του συνολικού κύκλου εργασιών.

193. Τέλος, επισημαίνεται ότι το επιβληθέν πρόστιμο στο ΔΕΣΦΑ με την υπ' αριθμ. 1175/2010 απόφαση της ΡΑΕ ύψους διακοσίων πενήντα χιλιάδων (250.000) ευρώ, για παραβίαση των υποχρεώσεών του βάσει του ισχύοντος, κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα, νομοθετικού πλαισίου οργάνωσης της αγοράς φυσικού αερίου, ουδόλως κωλύει την επιβολή προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, για παραβίαση των άρθρων 2 Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ. Οι εν λόγω κυρώσεις, δεν θα έχουν επιβληθεί για την ίδια αιτία, ανεξάρτητα από το κατά πόσον για την επιβολή τους ελήφθησαν υπόψη πραγματικά περιστατικά που ήταν τα ίδια και στις δύο περιπτώσεις. Και τούτο διότι στην μεν πρώτη περίπτωση επεβλήθη πρόστιμο στον ΔΕΣΦΑ από τη ΡΑΕ για παράβαση των προαναφερθεισών διατάξεων του Ν. 3428/2005 και του σχετικού ενωσιακού δικαίου, όπως ίσχυαν κατά την επίμαχη χρονική περίοδο, ενώ στην παρούσα υπόθεση το πρόστιμο αφορά παράβαση των διατάξεων περί ανταγωνισμού, ήτοι των άρθρων 2 Ν. 703/1977, όπως ίσχυε και 102 ΣΛΕΕ. Πρόκειται, δηλαδή, για ανεξάρτητα νομοθετήματα, τα οποία βαίνουν παράλληλα και αποσκοπούν στον κολασμό διαφορετικού τύπου παραβάσεων και εξυπηρετούν διαφορετικούς σκοπούς[215].

IX. 2. Βασικό ποσό προστίμου

194. Για τον υπολογισμό των προστίμων η ΕΑ πρώτον, καθορίζει ένα βασικό ποσό προστίμου για κάθε επιχείρηση σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και διάρκεια της παράβασης και δεύτερον, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, προσαυξάνει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το αν συντρέχουν επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις[216].

195. Ειδικότερα, σύμφωνα με την Ανακοίνωση της ΕΑ της 12.05.2006, το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής: α) ορίζεται ποσοστό ύψους μέχρι 30% επί των ετήσιων ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης από προϊόντα που αφορούν στην παράβαση με κριτήριο τη σοβαρότητα αυτής[217], και β) το ποσό αυτό υπολογίζεται

213 Βλ. σχετικά και την προαναφερόμενη κατάθεση ενώπιον της ΓΔΑ στις 16.9.2010 [...] ανέφερε ότι, σε συνάντηση που είχε πραγματοποιηθεί στο Υπουργείο Ανάπτυξης, η ΔΕΠΑ υποστήριξε ότι εφόσον συντελεστεί η αποδέσμευση και εισαχθεί αέριο από τρίτο προμηθευτή, θα υποστεί ζημία, γιατί θα χάσει μερίδιο αγοράς και κατά συνέπεια δεν θα μπορέσει να εξυπηρετήσει τις συμβάσεις προμήθειας, οι οποίες περιέχουν ρήτρες «take or pay». Σημειώνει δε πως [...] προκάλεσε εντύπωση το γεγονός ότι ο τότε Πρόεδρος του ΔΕΣΦΑ και η νομικός σύμβουλος της εταιρείας συμφωνούσαν με τα επιχειρήματα της ΔΕΠΑ.

214 Βλ. Αποφάσεις ΣτΕ 4256/2001, 418/2005.

215 Βλ. ΣτΕ 3545/2002 και ΣτΕ 1013/1999.

216 Βλ. Ανακοίνωση της ΕΑ της 12.05.2006 «Κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 9 παράγραφος 2 του Ν.703/77» παρ. 6-7, διαθέσιμη στο < http://www.epant.gr/img/x2/categories/ctg253_3_1193315361.pdf >. Βλ. και τις αντίστοιχες προβλέψεις στις «Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την επιβολή προστίμων κατ' εφαρμογή του άρθ. 23 του Κανονισμού 1/2003», ΕΕ 2006 C 210/2». Βλ. περαιτέρω και άρθρο 25 Ν. 3959/2011.

217 Σύμφωνα και με την ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της 17ης Ιουλίου 2009 αναφορικά με το εύρος των ακαθαρίστων εσόδων που χρησιμοποιούνται ως βάση για τον υπολογισμό του προστίμου, λαμβάνεται κάθε φορά υπόψη το σύνολο των ακαθαρίστων εσόδων της επιχείρησης στη σχετική (-ές) αγορά (-ές) προϊόντων. Και τούτο, διότι η σχετική αγορά προϊόντων αποτελεί συνήθως ασφαλές κριτήριο για τον προσδιορισμό της αξίας πωλήσεων των προϊόντων που επηρεάζονται άμεσα ή έμμεσα από την παράβαση, ενώ παράλληλα διασφαλίζεται με τον τρόπο αυτό και ο επιδιωκόμενος αποτρεπτικός χαρακτήρας του προστίμου, βλ. σχετ. και ΔΕφΑθ 2094/2007, σκ. 12. Πολύ περισσότερο, όταν οι κατευθυντήριες γραμμές δεν προβλέπουν ειδική προσαύξηση προκειμένου να διασφαλίζεται επαρκώς το αποτρεπτικό αποτέλεσμα του προστίμου στην περίπτωση επιχειρήσεων με ιδιαίτερα μεγάλο κύκλο εργασιών (ενώ οι αντίστοιχες κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής προβλέπουν ειδικώς τη δυνατότητα τέτοιας προσαύξησης, βλ. παρ. 30).

επί των ετήσιων ως άνω εσόδων για κάθε έτος της παράβασης. Σε περίπτωση δε που η διάρκεια της παράβασης είναι μικρότερη του έτους, το ποσοστό αυτό υπολογίζεται σε μηνιαία βάση[218]. Ως βάση για τον υπολογισμό του προστίμου στην κρινόμενη υπόθεση λαμβάνεται ο κύκλος εργασιών ΔΕΣΦΑ για το έτος 2010 και συγκεκριμένα το ποσό των διακοσίων δεκατεσσάρων εκατομμυρίων εννιακοσίων πενήντα οκτώ χιλιάδων εκατόν ενενήντα εννέα ευρώ και ογδόντα τριών λεπτών (214.958.199,83 €).

Α. Σοβαρότητα της παράβασης

196. Κατά την αξιολόγηση της σοβαρότητας της παράβασης, η Ε.Α. λαμβάνει υπόψη της i) τη φύση της παράβασης, ii) τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκλήθηκαν ή απειλήθηκε να προκληθούν στην αγορά, iii) το ειδικό βάρος κάθε επιχείρησης στην παράβαση, iv) το οικονομικό όφελος που αποκόμισαν ή επιδίωξαν να αποκομίσουν οι παραβάτες, v) την οικονομική δύναμη της / των επιχειρήσεων που παραβιάζουν τους κανόνες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και vi) η έκταση της γεωγραφικής αγοράς[219]. Εν προκειμένω, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

196.1. Η κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης από τον ΔΕΣΦΑ στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου (ή αγορά πρόσβασης στο δίκτυο), μέσω της άρνησης πρόσβασης στις συγκεκριμένες διευκολύνσεις/υποδομές, συνιστά σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού (άρθρα 2 Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ).

196.2. Η άρνηση πρόσβασης στις συγκεκριμένες διευκολύνσεις/υποδομές είχαν επιζήμιες επιπτώσεις για τον ανταγωνισμό, καθόσον αφενός οι Επιλέγοντες Πελάτες (αποδεδειγμένα η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ) αδυνατούσαν να προμηθευτούν φυσικό αέριο από τρίτους προμηθευτές (παρά μόνο από τη ΔΕΠΑ), αφετέρου οι τελευταίοι δεν μπορούσαν να αγοράσουν φυσικό αέριο από άλλους ή και να μεταπωλήσουν φυσικό αέριο σε άλλους Επιλέγοντες Πελάτες. Περαιτέρω, περιορισμός του ανταγωνισμού προκλήθηκε, εκτός από την αγορά προμήθειας φυσικού αερίου, και στην αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου, αφού η ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ, με την ιδιότητα του Επιλέγοντος Πελάτη και του Χρήστη του ΕΣΦΑ είναι ανταγωνίστρια της ΔΕΠΑ στις εν λόγω αγορές, έχουσα δικαίωμα να μεταπωλεί και να μεταφέρει φυσικό αέριο σε αγοραστές, κάνοντας χρήση του ΕΣΦΑ.

196.3. Η Καταγγελλόμενη διαθέτει αναμφίβολα οικονομική δύναμη στη σχετική αγορά, αφού κατέχει εκ του νόμου μονοπώλιο στην πρωτογενή αγορά υπηρεσιών μεταφοράς φυσικού αερίου.

196.4. Ως προς το μέγεθος της οικείας γεωγραφικής αγοράς, σημειώνεται ότι η κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης του ΔΕΣΦΑ ήταν επικεντρωμένη μεν στο «Σημείο Εξόδου AdG» και στις εγκαταστάσεις ΥΦΑ στη Ρεβυθούσα, αλλά ουσιαστικά απέκλεισε τη χρήση του ΕΣΦΑ στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας.

Β. Διάρκεια της παράβασης

197. Η διάρκεια της παράβασης άρνησης πρόσβασης σε βασική διευκόλυνση θα πρέπει να καθορισθεί ως άρχουσα την 9.11.2009, ημερομηνία κατά την οποία ο ΔΕΣΦΑ απαντά για πρώτη φορά στο αίτημα της ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ για σύναψη σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου και σύναψη σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ[220] και λήγουσα την 7.5.2010, ημερομηνία υπογραφής της πρώτης υπ' αριθμ. [...] σύμβασης χρήσης εγκατάστασης ΥΦΑ στη νήσο Ρεβυθούσα, καθώς και της υπ' αριθμ. [...] σύμβασης μεταφοράς φυσικού αερίου μεταξύ ΔΕΣΦΑ -ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.

198. Ενόψει των ανωτέρω, η Επιτροπή προσδιορίζει ως βασικό πρόστιμο για τις διαπιστωθείσες στο ως άνω σκεπτικό παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ, ποσοστό 4% επί του κύκλου εργασιών του ΔΕΣΦΑ του έτους 2010. Συνεπώς, μετά την εφαρμογή των ποσοστών αυτών επί του κύκλου εργασιών του ΔΕΣΦΑ για το έτος 2010, το βασικό ποσό του προστίμου για τις διαπιστωθείσες παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ και για το χρονικό διάστημα της παράβασης, ήτοι 6 μηνών διαμορφώνεται, σε τέσσερα εκατομμύρια, διακόσιες ενενήντα εννέα χιλιάδες, εκατόν εξήντα τρία ευρώ και ενενήντα εννέα λεπτά (4.299.163,99 €).

ΙΧ. 3. Επιβαρυντικές / ελαφρυντικές περιστάσεις

Από τα στοιχεία του φακέλου και την ακροαματική διαδικασία δεν προέκυψαν συγκεκριμένες επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις.

199. Συνεπώς το τελικό ποσό του προστίμου για την παράβαση των άρθρων 2 Ν. 703/1977 ως ίσχυε και 102 ΣΛΕΕ διαμορφώνεται σε τέσσερα εκατομμύρια, διακόσιες ενενήντα εννέα χιλιάδες, εκατόν εξήντα τρία ευρώ και ενενήντα εννέα λεπτά (4.299.163,99 €).

Για τους λόγους αυτούς

Η Επιτροπή Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια, ομόφωνα:

1. Διαπιστώνει ότι η εταιρία «ΔΕΣΦΑ ΑΕ» παραβίασε, σύμφωνα με το ως άνω σκεπτικό, τα άρθρα 2 του Ν. 703/1977, όπως ίσχυε, και 102 ΣΛΕΕ.

2. Διατάσσει την εταιρία «ΔΕΣΦΑ ΑΕ» να παραλείπει στο μέλλον τις διαπιστωθείσες παραβάσεις.

3. Επιβάλλει στην εταιρία «ΔΕΣΦΑ ΑΕ» πρόστιμο ύψους τεσσάρων εκατομμυρίων διακοσίων ενενήντα εννέα χιλιάδων εκατόν εξήντα τριών ευρώ και ενενήντα εννέα λεπτών (4.299.163,99 €) για τις διαπιστωθείσες στο σκεπτικό παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν. 703/1977, όπως ίσχυε και 102 ΣΛΕΕ.

4. Απειλεί κατά της ανωτέρω εταιρίας, σε περίπτωση επανάληψης των ως άνω παραβάσεων των άρθρων 2 του Ν. 703/77 και 102 ΣΛΕΕ, χρηματική ποινή ύψους δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσής της, από την κοινοποίηση προς αυτήν της απόφασης.

Η απόφαση εκδόθηκε την 20ή Δεκεμβρίου 2012.

Η απόφαση αυτή να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Αθήνα, 25 Απριλίου 2013

Ο Πρόεδρος
ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΚΥΡΙΤΣΑΚΗΣ

218 Βλ. υπ. αρ. 336 της ως άνω Ανακοίνωσης της ΕΑ για τον υπολογισμό των προστίμων.
219 Παρ. 10-11 της ως άνω Ανακοίνωσης της ΕΑ για τον υπολογισμό των προστίμων.
220 Βλ. σχετικά την υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΕΣΦΑ 027290/9.11.2009 επιστολή του ΔΕΣΦΑ προς την ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΝ.



ΑΠΟ ΤΟ ΕΘΝΙΚΟ ΤΥΠΟΓΡΑΦΕΙΟ
ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΟΥ 34 * ΑΘΗΝΑ 104 32 * ΤΗΛ. 210 52 79 000 * FAX 210 52 21 004